3 1761 06767668 4

D. D.
IOAN. GARSIÆ, GALLECI IC.
TRACTATVS DE EXPENSIS ET MELIORATIONIBVS,

Cui de nouo accesserunt

IOANNIS GARSIÆ A SAABEDRA

TRACTATVS QVATVOR.

I. De Donatione remuneratoria. II. De Tacito Fideicommisso. III. De Hypotheca post contractum. IV. De coniugali Acquæstu.

Nunc primùm accuratè recognitus, & emendatior in Gallia prodit.

LVGDVNI,
Sumptibus LAVRENTII ANISSON.

M. DC. LXXI.

CVM SVPERIORVM PERMISSV.

LIBRARY
DEC 6 1968
UNIVERSITY OF TORONTO

SERIES CAPITVM ET ARGVMENTORVM Huius Tractatus,

Quorum singula continent particularem meliorationum & expensarum rationem.

INDEX

INDEX LEGVM, ET ALIORVM LOCORVM VTRIVSQVE IVRIS,

Quæ peculiari aliqua ratione in hoc opere explicantur.

Ex Digestorum voluminibus.

res

Leges 12. Tabul.

Leges Tauri.

Consensus Procuratoris Regij.

IOANNIS GARSIÆ GALLECI IC. Tractatum de Expensis, cui accesserunt Tractatus IOANNIS GARSIÆ A SAABEDRA, in lucem edi sumptibus LAVRENTIJ ANISSON, LAVRENTIJ ARNAVD, & PETRI BORDE, ego Regis Consiliarius & Procurator in Præfectura Lugdunensi, pro Rege non impedio, cæteris ne idem attentent, per triennium de more inhibendo. Datum Lugduni die 22. mensis Iunij, anno 1671.

DEVAGINAY.

PERMISSIO.

FIAT secundum consensum Procuratoris Regis, anno & die supradictis.

DESEVE.

D. D.

D. D. IOAN. GARSIÆ IC. GALLECI, TRACTATVS DE EXPENSIS Et Meliorationibus.

CAPVT PRIMVM.

Expensæ & meliorationis etymon, definitio, diuisio: de fructuum expensis, & de bonæ fidei possessore expendente, vel meliorante.

Notabilia ex hoc capite primo.

1 *Permutatio olim inter exteros, primus omnium contractus.*
2 *Donatio inter coniunctos, primus omnium contractus.*
3 *Diomedis & Glauci permutatio qualis, contra Accursium.*
4 *Emptionis & venditionis æqualitas, permutationem, & donationem expulit.*
5 *Testamentum per as & libram vnde cœperit, & quomodo.*
6 *Adoptio quoque per as, & libram fieri cœpit sicuti testamentum.*
7 *Expensa inde derivata, seu impendia, & impensum:*

8 *Melioratio verbum latinum, & Iureconsultis cognitum est, quid sit melioratio.*
9 *Qui de expensis & meliorationibus scripserint, ex nostris, & exteris.*
10 *Expensarum divisio quatuor continet membra.*
11 *Expensas quæ fiunt gratiâ colligendorum fructuum quilibet possessor potest deducere.*
12 *Nomine expensarum quæ fiunt gratiâ fructuum, quid contineatur.*
13 *Vniuersa traditio Iuliani* in l.fundus qui, ff.famil. erciscund. *conciliatur cum Vlpiano* in l.si seruum, §.oliuam, ff.ad leg. Aquil.
14 *Colonus qui ipse idem sevit, coluit, sepsit, operis proprij æstimationem deducit.*
15 *Bonæ fidei possessor vniuersalis integros hos sumptus deducit, etiamsi fructus excedant expensæ.*
16 *Pro expensis quæ fiunt gratiâ fructuum competit repetitio.*
17 *In solutione decimæ prædialis non fit deductio expensarum gratiâ fructuum.*
18 *In solutione decimæ non deducitur tributum, collecta, nec merces, aut persio.*
19 *Ex fructibus semel decimatis, non est iterum decima solvenda.*
20 *Tributum debitum fisco an solvendum sit ante deductionem expensarum gratiâ fructuum, contra communem.*
21 *Decima fructuum debita tutori iure Hispano, an solvenda sit ante deductionem expensarum gratiâ fructuum, contra Gasparum Baëzium Hispanum.*
22 *In partiario colono an diuisio fructuum fiat deductis expensis gratiâ fructuum, contra communem.*
23 *Fructus est quicquid à terra percipitur, quod renasci soleat.*
24 *Bonæ fidei possessor semper necessarias expensas deducit.*
25 *Bonæ fidei possessor quomodo vtiles expensas deducat*, & num. 26. *nostro iure Hispano bonæ fidei possessorem vtiles expensas deducere.*
27 *Arbitrium, de quo* in l.in fundo, ff.de rei vendicat. *iure Hispano admittendum.*
28 *Æquitas captiosa & sine iure, temeraria iniquitas est.*
29 *Iam olim ista quæstio de æquitate vetus fuit: Ciceronis locus.*
30 *Vtilitas expensarum vnde accipienda sit, an ex domino, an ex possessore.*
31 *Non est onerandus dominus excogitatis expensis.*
32 *Expensas voluptatis, siue voluptarias, bonæ fidei possessor abradit*, & num. 33. *abradere quatenus liceat.*
33 *Apposito pacto vt abradere omnino liceat, offerente domino cessat abrasio.*
34 *Offerente domino abrasio indifferenter sublata est in vtroque fundo, rustico & vrbano.*
35 *Deformitas vrbis non fuit causa prohibendæ abrasionis, contra Molinæum.*

1 OC verbum *Expensum*, siue *Expensa*, vtrumque Latinum est antiquissimum, ab antiqua rerum ratione deductum: vt autem innotescat, vnde deriuatum sit, reuocare in mentem oportet, permutationem primum & antiquissimum omnium fuisse contractum, qui vt ferè reliqui contractus omnes, necessitate cogente inuentus & excogitatus est. Omnes enim gentes, & regna, vt fluminibus, & altissimis rupibus, ita cæli quoque temperie, & indulgentia diuisæ & separatæ, gentium quandam diuisionem & separa

ſeparationem fecerunt. Ferebat Ægyptus triticum, Græcia vinum, Hiſpania aurum: hinc lanæ, illinc ferrum, inde argentum, aliunde autem aliud adſportabatur, neque vlla regio erat quæ ſimul omnia ad vitam tuendam neceſſaria ferret. Cumque humana natura fragilis, & malo quodam ſuo fato debilis omnibus indigeret, fiebat cogente indigentia, vt paſſim homines rudi illo ſeculo, mutuò acceptis redditiſque rebus, opem ſibi ferrent, & mutuò auxiliarentur. Hoc fuit initium permutationis vetus & antiquiſſimum, inter eos qui ſolo, cœlo, lingua, moribus, patriáque diuiſi liberalitate vti nequiuerant. Námque inter eos qui moribus, lingua, & patria coniuncti viuebant,
gratuita & amica donatio orta eſt, & profecti ſunt reliqui contractus, qui do- 2
nationis ſpeciem habent, vt mutuum, commodatum, depoſitum, & his ſimiles, in quibus mera liberalitas verſatur, propter mutuam officiorum viciſſitudinem, qua ſe, naturâ ducente, humanum genus mutuò proſequebatur. Atqui inter exteros, & ignotos permutatio magis obtinuit, etſi qui contractus ſunt, qui permutationis vim & naturam antiquam obtineant, vt ſunt emptio, locatio, & reliqui, quos nos noſtro nomine innominatos dicimus, alieni prorſus à liberalitate, & in mutua quadam officiorum præſtatione conſtituti. Vnde conſuetudine humana hinc inde permutatio & donatio initium cœpiſſe noſcuntur, à quibus veluti à duobus ſeminariis ad reliquos omnes contractus paulatim deuentum eſt. De quo *in l.1.ff. de contrah. empt. Origo emendi vendendique* (inquit Paulus) *à permutationibus cœpit : vnuſquiſque enim ſecundum neceſſitatem temporum ac rerum, vtilibus inutilia permutabat, quoniam plerúmque euenit, vt quod alteri ſupereſt, alteri deſit* : vnde idem Paulus in *l. fin. ff. de rerum permutatione*, vicinam dixit permutationem emptioni, & ſimilem vtriuſque rationem exiſtimauit *in l.1.ff.eod.*

Permutatio autem in eo inutilis eſſe cœpit, quod ſæpè inæqualitate quadam 3
rationes omnes humanæ vitæ confundebat: ærea, & ænea non ſemel compertum eſt aureis fuiſſe commutata, vnde celebris illa emanauit ab Homero vſque *Iliados ſexto*, Diomedis & Glauci permutatio, de qua frequens apud antiquiores recordatio eſt, apud Platonem *in Phædro*, apud Ariſtotelem *quinto libro Moralium, capite de iuſtitia*, apud Ciceronem *ad Atticum lib.6.* apud Plinium Iuniorem *in epiſtola ad Flaccum*, apud Gellium *libr.2. Noctium Atticarum.* Fit eius mentio in procemio Digeſtorum à Iuſtiniano, *in §. incipite, prope finem*, vbi Accurſius non infeſtiuè neſcio quid de cadis & vino comminiſcitur ridiculus: inducuntur ab Homero Glaucus & Diomedes ſingulati certamine congredientes, inita verò pace, & renouato veteris amicitiæ, & hoſpitij iure arma commutantes: accepit Diomedes Glauci aurea, præſtitit ærea: Iuſtinianus gloriatur, pro æreis legibus dediſſe aureas: non credunt Iuſtiniano viri ſapientiores, qui mallent integras veterum Iureconſultorum leges, quàm à Iuſtiniano conciſas, & crudeliter dilaniatas. Hæc erat rudi illo ſeculo permutatio inæqualitate moleſta & grauis. Procedente verò tempore excuſa pecunia eſt, quæ à qualitate quadam quantitatis rerum omnium veram æſtimationem
penſabat. Inde emptio & venditio inire cœperunt. Subortis autem emptione, 4
& venditione, cognitáque vtilitate quæ ex hoc contractu rebus hominum accedebat, cùm abſolutam quandam permutationis, cui homines aſſueti erant,

æqualitatem afferret, permutatio & donatio veluti internecione quadam deſierunt ab hominum vſu; æquiſſimam enim conditionem afferre videbatur emptio ex æqualitate, quam beneficium inuentæ pecuniæ ſecum adduxit. Itaque in omni hominum commercio emptio recepta eſt, nec quicquam rectè geſtum antiquiores arbitrati ſunt, quod ſine venditione ficta vel vera reperiretur. Idque vt efficerent, pro pecunia, cuius adhuc nouus & rarus vſus erat, graui ære vtebantur, appenſo tamen; & ita ſæpè libripens appendebatur, qui quod da-
5 batur æris vel pecuniæ, appenderet. Quod vſque adeò inoleuit, vt in nuptiis, & teſtamentis receptum ſit; quæ teſtamenta antiquiores ex hoc ære appenſo, vt cuiuſdam veluti emptionis æqualitas & firmitas adeſſet, per æs & libram vocabant. Fiebat autem per imaginariam quamdam emptionem & venditionem quinque teſtibus, & libripende, ciuibus Romanis puberibus, præſentibus, & eo qui emebat hæreditatem, quem familiæ emptorem vocabant. Idque lege duodecim Tabularum conſtitutum fuerat, cùm ſecuritas teſtamentorum requireretur: de quo pauca Iuſtinianus *in §.1. de teſtam. Inſtit. lib.2.* cuius legis authoritate bona teſtatoris emancipabantur, hoc eſt ab emptore emebantur: de quo emptore plura Theophilus *in d.§.1. de teſtamentis.* Erat autem hic emptor ſimilis hæredi, à quo reliqui, tanquam hodie fideicommiſſarij, reciperent: ita Suetonius in Nerone. *Ex hoc Domitius naſcitur, quem emptorem familiæ, pecuniæque, in teſtamento Auguſti fuiſſe mox vulgò notatum eſt.* Et ſæpè ne periculum immineret teſtatori, nihil omnino relinquebatur emptori huic; & ne quicquam comperiretur, quod vltima voluntate eſſet relictum, quicquid emptor hic iubebatur reſtituere, ſecretò aſſeruabatur, atque ita vitæ teſtatoris conſulebatur: proditæ enim ſæpe tabulæ vltimæ necem teſtatori attulerunt. Vnde illud Papiniani, qui vetera præ cæteris Iureconſultis obſeruauit, *in l. cùm pater, ff. de legat. 2. Mando*, inquit, *filiæ meæ, pro ſalute ipſius ſolicitus, vt quoad liberos tollat, teſtamentum non faciat; ita enim poterit ſine periculo viuere.*

6 Idem quoque receptum eſt in adoptionibus, quæ fiebant per Prætorem, cum à parente, in cuius poteſtate filius eſt, ceditur iure, atque ab eo qui adoptat, apud eum, apud quem legis actio eſt, vendicatur: iſtud autem genus adoptionis antiquiſſimæ illis prioribus ſeculis fiebat terna venditione apud Magiſtratum, cui venditioni pro nummis æs appenſum veterum more interueniebat, idque erat libripens; idcirco genus hoc adoptionis dicebatur per æs, & libram, de quo Suetonius in Auguſto: *Caium & Lucium adoptauit domi per aſſem & libram emptos à patre Agrippa.* Cicero pro A. Cecinna, paulò ante finem: *Si pater*, inquit, *vendidit eum, quem in ſuam poteſtatem ſuſceperat, ex poteſtate dimittit: iam populus cùm eum vendidit, qui miles factus non eſt, non adimit ei libertatem, ſed iudicat non eſſe eum liberum.* Aliqua Franciſcus Connanus vir mihi doctiſſimus & elegantiſſimus, *Commentariorum iuris lib.2. cap.5. num.3.* & *lib.9. cap.1.* Ex quibus expenſa dicta ſunt in rationibus ab expenden-
7 do, idémque impendia, & impenſa; quòd antiquitus propter rarum vſum pecuniæ, vel propter euitandam moleſtiam numerandæ pecuniæ, quod hodie quoque fit, omnia appenderentur. Expenſæ igitur nomine retento, veterum vſu obtentum eſt, vt pecunia quæ conſumpta eſt, ſignificetur; vnde ratio

accepti

accepti & expensi emanauit, & à nobis hoc nomine id intelligitur, quicquid consumptum est; id autem à sumptibus nihil distat. De eo igitur quod consumitur vel expenditur, siue circa res, siue circa personas, quocumque modo expendatur, nomine expensi significamus; vocauimus autem indifferenter *sumptus*, vel *expensas*; maluimúsque vocare *expensas*, non *impensas*, quoniam magis forense verbum est.

Melioratio quoque Latinum est, idémque *meliorare*, vnde melioratio de- 8
riuata: vtitur hoc verbo Vlpianus *in l. æquissimum, §. inde quæsitum, ff. de vsufruct.* ibi: *Et si fortè in hoc quod instituit, plus reditus sit quàm in vineis, vel arbustis, vel oliuetis quæ fuerunt, forsan etiam hæc deiicere poterit; siquidem ei permittitur meliorare proprietatem.* Alia ad hoc notat Iurisconsultorum responsa Aluarus Vasquez Lusitanus, vir egregia eruditione, elegans, & diligentissimus iuris emphyteutici, *q.2.num.*8. post Tiraquellum *in l. si vnquam, C. de reuocandis donationibus, verbo reuertamur, num.* 234. vnde apud nos non ineptè dicitur filius melioratus, quem pater bonis prælegatis inter cæteros meliorem fecit; atque meliorationem factam fuisse filio. Quòd eo adnotatum est, quia non semel audierim viros non vulgariter eruditos contendentes, verba ea ineptè de filiis dici, esseque potius Hispana ex Hispanis legibus desumpta: ego autem à candore Latini sermonis non abhorrere contendo, etiamsi nobis à nostris legibus illa dicendi ratio desumpta esse videatur. Hæc autem melioratio plerisque dicitur, quando qualitas bonorum est mutata, & bonitas eorum mutata, & adaucta: ita definiunt meliorationem, vt sit augmentum bonorum mutatâ eorundem qualitate, Beroius *consil.*88. *lib.*1. *num.* 35. Nathan. *consil.* 601. *lib.* 1. argumento deducto à decisione capitis 1. *de in integr. restit.* quod quidem sustineri non potest, cùmælioret vsufructuarius, qui regulariter mutare qualitatem rei fruendæ non possit, vt latè tradimus infrà *cap.* 11. *num.* 38. 40. & 44. Præterea Paul. de Cast. *consil.* 270. *lib.*2. & eum secutus Antonius de Fano *de pignoribus & hypothecis part.*5. *memb.*4. *num.* 11. plantationem vinearum non existimant meliorationes, licèt qualitas rei mutetur & res melior fiat: quod nos in emphyteuta recipimus, infrà *cap.* 14. vbi agimus de imboscatione & plantatione & monte redacto ad culturam. Denique lex 41. & 44. *titul.*28. *part.*3. augmentum illud, quo res melior fit, siue de nouo ædificando, siue vetusta reficiendo; vel mutetur rei qualitas, vel non mutetur, dummodo res melior sit effecta, vocant meliorationem, vt augmentum quodcunque contineat, quod rebus accedat; idque contigit in omni genere rerum & contractuum emptionis, locationis, emphyteusis, societatis, in vassallo, curatore, procuratore, administratore, hærede, possessore, de quibus omnibus acturi sumus. Et quoniam istud augmentum modò contingit sine sumptu, opera, & industria, frequenter autem nostrâ operâ & industriâ, de vtroque augmento acturi quoque sumus; quæ est inuentio nostri laboris, cætera ad dispositionem pertinent, quam sequemur secuti propositam dispositionem.

Quoniam autem ingenuus pudor est fateri per quos proficias, quoniámque 9
eorum ingenium abhorremus, qui malunt in furto deprendi, quàm acceptum fateri; breuiter eos dicemus, qui nobis ad scribendum materiam & segetem subministrarunt, quam quidem ita accepimus, vt liberè indicemus; neque enim

est iurandum in verba magistri: sicubi verò quicquam reperiatur, quod ab alio priùs dictum fuisse noscatur, ita existiment lectores volo, non fuisse nos rapinam arbitratos; nouimus enim sortem fieri ex vsuris, & sæpe studiosioribus contingere multa inter scribendum, quæ eos ita ab institutis amoueant, vt plerumque nesciant vnde id quod scripserint, acceperint; quod cùm aliis frequens sit, mihi non potuit non fuisse frequentissimum, homini forensibus causis vehementer impedito. De his igitur expensis, & meliorationibus, quæ fiunt à rerum possessoribus multi multa scripserunt; omnes tamen aliud agendo, nullus ex proposito rem hanc aggressus est, cùm in foro quotidiana & assidua de illis sit disputatio: tam longè enim earundem tractatio patet, quàm longè ipsum ius extenditur. Et sæpè compertum est, viros clarissimos in decisione quæstionum, quæ de expensis intercedebant, hæsitasse. Cúmque sicuti alij hominum actus, certis legibus hæc ipsa expensarum tractatio definita esset, ex certis legibus certa esset causarum definitio: sed fit in hac re, vt causæ de expensis & meliorationibus partim lege, partim authoritate, nonnulla etiam vsu forensi decidantur. Quapropter operæpretium me facturum existimaui, si quæ variè & diffusè apud varios Authores dicerentur, obseruatâ aliquâ methodi ratione in vnum congererem, quod quidem eo consilio à me gestum est, vt me ipsum instituerem, non vt ex hoc quicquid laboris sit, gloriam expectarem; noui enim ego, qui mihi bene conscius sum, ingenioli mei exiguitatem: agnosco item in aliis absolutam earum rerum, quæ ad hanc inuestigationem pertinent, cognitionem: præterea forensibus causis impediti, non possumus diffusiùs vagari; scimus tamen Doctores pro ea, in qua versantur, humanitate rationem, & consilium animi mei boni æquique consulturos, stultorum autem, & imprudentium (nisi mavis impudentium) iudicia non curamus, quibus illa vna virtus est, Doctoribus oblatrare. De his igitur expensis agunt scriptores Itali post Accursium omnium magistrum *in l. fundo, ff. de rei vend.* idem Accursius, Bart. Paul. Alex. & Ias. *in l. divortio*, §. *impendia, ff. solut. matr.* Anton. de Fano *de pignoribus & hypothec. membr.* 4 *part.* 3. Afflictis *in* §. *vasallus, hic finitur lex, in vsibus feudorum*, Cagnolus *in l.* 2. *de rescind. vendit. per plures numeros*: inter Gallos Boër. *decis.* 44. & 47. Franciscus Connanus, Iacobus Cujacius, à nobis suis locis referendi. Tiraq. item *in* 2. *retract.* §. 7. *glos.* 1. Molinæus etiam feliciter receptus, doctè & arroganter *in consuetudinibus Parisiensibus*, *part.* 1. *glos.* 5. ex Lusitanis duo mei præceptores, quos reuerenter nomino, Emanuel Costa, doctissimus & eloquentissimus; & Arius Pinel. diligentissimus, variis in locis, de quibus nobis agendum est; Alvarus Vasquez variâ eruditione, & eloquentiâ non vulgari, *in quæstione iuris emphyteutici* 25. & aliis in locis à nobis adducendis: ex nostris eruditissimè, vt solet omnia, illustrissimus Didacus Couarruuias in omni genere disciplinarum adeo versatus, vt de vnaquaque tanquam si nullam aliam vnquam didicisset, abundè & copiosè disserere possit, hodie Episcopus Conchensis, & propter eximiam virtutem & varias animi dotes supremi Senatus apud Philippum Maximum Præses meritissimus; idque pluribus in locis, de quibus nobis agendúm est: plura tradit Dominus Antonius Menesius, præceptor olim meus, hodie Nobilitatis Hispanæ, & Militantium Ordinum Iudex supremus, & Præfectus maximus, ídque variis in locis eorum

eorum commentariorum, quæ in lucem edidit: multa quoque Petrus Peralta *in comment. super leges, in tit. ff. de legat.* 2. optimus omnium, qui sua ætate iura interpretati sunt, præceptor, & scriptor celeberrimus. Nonnulla Anton. Gomez, vir & literis & pietate præclarus, *in Commentariis super Taurinas leges*, quarum plures in hoc tractatu difficiliores reperiuntur. Multa quoque accepimus ab antiquioribus, inter quos Ioannes Lupus est de Palacios Rubios, diligentia & eruditione clarissimis æqualis: Rodericus item Suarez, mihi certè nemini ingenij claritate inferior. Ille *in sua repetitione rubricæ, & capituli Per vestras, de donationibus inter virum & vxorem:* hic multis in locis, quorum allegatio nobis frequens est: Avendañus quoque vir eruditione vtili, & quotidiana, in eo tractatu, qui est de *exequendis mandatis Regum Hispaniæ*, multa præstitit: Menchaca quoque laborem, & operam nostram iuvit, vir & eruditione & fortunâ variâ, *in quæstionibus suis*, & *in tract. de successionum creatione*. Gregor. Lopes feliciter receptus, *in Commentariis super leges nostras Partitarum*, multa cumulauit, quæ pertinent ad expensas, & meliorationes: aliqua quoque Didacus de Simancas, Pacensis Episcopus, ingenij perspicuitate & iudicij optimi publicâ & verâ probatione illustris, *in Institutionibus Catholicis*, & *in eleganti tractatu de primogeniis:* aliqua quoque non minùs subtiliter & ingeniosè, quàm eloquenter Dominus Franciscus Sarmiento, hodie Episcopus Astoricensis, *in suis selectis quæstionibus*, & *in tractatu de redditibus Ecclesiasticis*, vir veterum Iureconsultorum egregius admirator & sectator optimus; Interpretum verò iuris æstimator non iniquus. Nauarrus quoque magister omnium multa tradit obiter, quæ à nobis adducentur. Doctor Redinus, iudex omnium, quos hucvsque viderim, incorruptissimus, nostri huius Senatus Galleci olim Præses, hodie supremi Senatus Hispaniæ apud Philippum maximum Senator meritissimus, designatus Illiberitani, vulgò Granatensis, Senatûs Præses, aliqua *in suo tractatu de Maiestate Principum*. Posterior multa cumulauit Ludouicus Molina, supremi quoque Senatus Hispaniæ Senator, ex suis Commentariis satis laudatus, quæ scripsit vtiliter, & non sine magna gloria, de Hispanorum primogeniis: aliquando etiam adducimus Fratrem Alphonsum de Castro, virum eruditione clarum, Franciscanum, sacrum Oratorem, facundiâ Hispanâ clarissimum, cui inuida mors designatum Compostellanum Archiepiscopatum ademit: Fratrem quoque Dominicum de Soto, virum & literis, & pietate eximium. Alij quoque alia scripserunt, quos adducimus inferiùs; sed luciferi sunt qui copiosiùs hactenus hanc de expensis, & meliorationibus disputationem aggressi sunt cum laude. Multa quoque nobis de hac ipsa re iura constituta sunt; cùm autem adeo diffusè sparsa sint, & secretioribus in locis collocata; cumque multis otium non sit euoluendorum Authorum; plurimis verò in hac nostra Gallecia nec ea librorum copia, non est inutilis futurus noster labor, in vnum volumen omnia hæc coniecisse. Quod si hoc argumentum à præclarissimis viris tractatum est, cùm tamen aliud agerent, multa pronunciarunt, quæ vel ambigua interpretatione subobscura reperiuntur; vel, vt ingenuè & verè loquar, longè aliter accipienda sunt. Constat enim inter viros eruditos, in quibus obiter versantur, facilem esse errorem: quo nomine etiam Iurisconsulti subnotati sunt; quod latè

tradimus

tradimus infrà *cap.8. num.50.* Hactenus de inuentione & dispositione nostri tractatus, de explicatione, nominum, & definitione egimus, adductis Authoribus per quos profecimus: diuisio restat. Si cui verò hæc ipsa Authorum relatio superuacua esse videatur, putetque nos aliud egisse, huic facilè condonamus, dum meminerit hoc iam olim ab Aristotele, & Plinio factum fuisse.

10 Quadruplices autem reperiuntur expensæ, necessariæ, vtiles, voluptariæ; quartum genus earum est, quæ fiunt colligendorum fructuum gratiâ. De his sunt iura *in l.impensæ, ff. de verbor. signific.79. Impensæ*, inquit Paulus, *necessariæ sunt, quæ si factæ non sunt, res aut peritura, aut deterior futura sit. Vtiles impensas esse Fulcinius ait, quæ meliorem dotem faciant, deteriorem esse non sinant, ex quibus redditus mulieri acquiratur, sicuti arbusti pastinatione, vltrà quàm necesse fuerat. Item doctrinam puerorum, quorum nomine onerari mulierem ignorantem, vel inuitam non oportet, ne cogatur fundo vel mancipiis carere. In his expensis & pistrinum, & horreum insulæ dotali adiectum, plerumque dicemus. Voluptariæ sunt, quæ speciem duntaxat ornant, non etiam fructum augent, vt sunt viridaria, aquæ salientes, incrustationes, loricationes, picturæ.* Hactenus Paulus, qui rem optimè depictam, & distinctam suis partibus & membris distribuit: ipsasque partes explicat: facit lex *vtiles, ff. de petition. hæred. l.1. & 2. & l. sequent. ff. de impensis in reb. dotalib. factis.* Agnouit necessarias, vtiles, & voluptatis expensas lex 44. *titul.28. part.3.* ibi: *Dezimos, que si el fizo despensas prouechosas.* Et ibi: *Otrosi dezimos, que si aquellos que son tenedores de casas, o heredamientos agenos fazen despensas en ellas, que no son muy prouechosas, mas son a postura de la casa, o de la heredad, assi como las pinturas.* Et ibi: *Dezimos que aquel que las despensas fiziere, que sean menester:* vbi nouus & antiquior interpres, & ante eos, omnes hanc distinctionem admittunt.

11 Sequitur modò quædam huius distinctionis explicatio, antequàm ad particulares expensas, quæ fiunt à particularibus rerum possessoribus, deueniamus; quoniam ex vniuersis regulis particularia rectiùs intelliguntur. Ac primùm de his expensis agemus, quæ fiunt gratiâ colligendorum fructuum. Continet hæc inuestigatio quæstiones quotidianas & vtiles, totaque disputatio versatur in interpretatione legis *fundus qui, ff. famil. erciscund.* atque in his expensis, quæ fiunt gratiâ fructuum colligendorum, vniuersè traditum est, impensas has quemlibet possessorem posse deducere, ac subinde fructus ipsos retinere quousque soluantur, *l. fundus qui, ff. famil. erciscund.* ibi: *Quia nullus casus interuenire potest, qui hoc genus deductionis impediat, l. si à patre vel domino, §. fin. ff. de petit. hæredit.* vbi Paul. more suo latè exponit quid veniat nomine sumptûs qui fit gratiâ colligendorum fructuum: atque id censet.

12 Contineri hoc nomine quicquid quærendi, colligendi, conseruandique fructus gratiâ irrogatur, idque non solùm in possessore bonæ fidei, naturalis ratio postulat, verùm etiam in prædonibus, sicuti Sabino placuit, *l. fructus, ff. solut. matrimon. Fructus*, inquit Vlpianus, *eos esse constat qui deductâ impensâ supererunt.* Speculator explicat *in titul. de expensis, §. expensæ, in princ. l. quod in fructus, ff. de vsuris.* Loriotus *de fructibus axiomate 4. l.4. tit.14. part.6.* vbi vterque Interpretes ibi: *E este que era tenedos de la heredad, deve lacar de los fructos en quanto ouiesse la heredad las despensas que ouiere fecho en labrarla, o en razon*

de

de coger los fructos della, l. 4. tit. 28. part. 3. vbi idem Interpres ibi: *Mas las despensas que fizere por razon de los fructos en quanto ouiesse la heredad, bien las puede descontar*: quæ iura nostram declarationem recipiunt ex Paulo *in d. §. fin.* vt expensæ in colendis & colligendis fructibus, non solùm minuant fructus, verùm etiam id efficiant impensæ in conseruandis, de quibus nihil constitutum erat nostro iure Hispano, & tenuerat contrarium Bart. *in l. cùm quæreretur, §. prædiis, ff. de legat. 3.* quem refert & reprobat ad hoc Ludouicus Romanus *singular. 332. ex l. si ita, §. fin. ff. de fundo instructo*, & *ex d. §. fin.* In his autem expensis aptè connumerauimus specus qui fiunt à rusticis circa segetes, vt à ferarum incursu defendantur; sepes item, maceries & cumuli ex congesto cespite, quibus vineas & agros frumentarios occludimus, & nascentes fruges conseruamus. In hac verò specie sæpe in hoc nostro Senatu illud animaduertitur, an ex ea causa dumtaxat fiant, vt fructus conseruent, nullaque alia in re possessori vtilitati esse possint; ac tunc quidem admissam Pauli sententiam fuisse non semel animaduertit: quod si sepes, specus, maceries, ex congesto cespite cumuli, adhuc collectis fructibus vsui esse possunt, tantò minùs reputantur, quantò vtiliores reperiuntur: quod Paulus ad prædonem extendit, nec solùm in possessore bonæ fidei admittit, *in d. §. fin.*

In hoc tamen Paulus iure repugnat cum Vlpiano *in l. si seruus seruum, §. si oliuam, ff. ad legem Aquiliam*, ibi: *Quod si iam maturas, cessat Aquilia: nulla enim iniuria est, cùm tibi etiam impensas donauerit, quæ in collectione huiusmodi fructuum impenduntur.* Ex quo generalis illa decisio legis *fundus qui*, vbi vniuersè decisum est, nullum casum interuenire posse, qui hoc genus deductionis impediat, difficilis est, & ægrè sustinebitur, cùm contrarius casus positus sit *in d. §. si oliuam*, vbi Vlpianus de eo agit, qui fructus omnino alienos subripit, non autem de malæ fidei, vel bonæ fidei possessore, qui delinquendo, rapiendo & populando aliena furtim, per vim, & iniuriam, expensas donasse intelligitur ex Vlpiano; quæ solutio vera est, cùm glossa *in d. §. si oliuam*, & Iulianus *in d. l. fundus qui*, & Paulus *in d. §. fin.* de eo agant, qui rem possidet, bonâ, vel malâ fide nihil interest; quem, si mala fide possideat, prædonem vocant. Idque obseruata ratione decidendi à Iurisconsultis, *l. sed & si lege, §. scire, ff. de petition. hæreditat.* secundùm communem & receptam sententiam, ibi: *Et non puto hunc esse prædonem qui dolo caret.* Quamuis in iure errauit, de quo nos alibi contra Pinellum *cap. penult.* & aliqua attingimus *cap. sequent. ad l. 1. C. de infantibus expositis.* Quod attinet ad nostrum institutum, verissimum est dictam legem *fundus qui*, & dictum §. fin. habere locum in bonæ, vel malæ fidei possessore, qui rem, fundúmve possidet; euicto enim fundo cum fructibus, sumptus deducit in colligendis & conseruandis & colendis fructibus irrogatos: & dictus *§. si oliuam*, vbi huiusmodi sumptus non deducuntur, restitutâ omnium integrâ fructuum quantitate, habet locum in eo, qui pendentes fructus alieno prorsus in fundo vi, dolóve per vim; & iniuriam furtim delinquendo rapuit; qui cùm delictum & scelus committat, rationi conuenit, vt illæ expensæ sibi non deducantur: multùm enim interest inter malam fidem malæ fidei possessoris, & furis, quod pertinet ad iuris effectus, etiamsi vterque malæ fidei sit: singularis est Baldi traditio *in l. mala*

B *fide,*

fide, C. de conditione ex lege, vbi triplicem constituit malæ fidei possessorem, improbum, improbiorem, & improbissimum; hunc autem eum esse ait, quem ob delictum & facinus iura expensis priuant: quicunque ergo pendentes fructus alienæ rei inuasit, impensas in colligendis donasse visus est, *ex dict. §. si oliuam*: quod in nostro Senatu admittendum est in causis summariis, quas violentiæ vocamus; vt si quis vim intulisse probetur, quòd aliena cum fructibus prædia inuaserit, vel vineam, vel syluam cæduam, expensis careat etiam his, quas in colligendis fructibus expenderit, *ex d. §. si oliuam*, restricta decisione dictæ legis *fundus qui*: quoniam illa summaria causa violentiæ, & vis quam hoc nomine vocamus, crimini propiùs accedit, quàm vlli ciuili actioni; ideò summariè expeditur, præmissa citatione, Guido Papæ *decis.* 1. Hyppolitus *singular.* 70. Est enim quædam extraiudicialis defensio, Lucas de Peña *in l. si coloni, C. de agricolis & censitis, lib.* 11. Afflict. *decis.* 2. *& decis.* 85.

14 Quin & illud obseruandum est, vt si colonus suis manibus coluerit, ipse idem seuerit, sepserit, & collegerit, quo casu nullas expensas fecisse videri poterat, ex regula de qua suprà, & nominis etymo; adhuc tamen laboris proprij æstimationem recipiat, Abb. *in cap. ad nostram, num.* 8. *in fin. de reb. Eccles. non alienand.* Bald. *in l. si quis sciens, C. de rei vend.* Paul. *in l. diuortio, §. impendia, ff. solut. matr.* vbi retulit Boër. *decis.* 44. *num.* 11. Etiamsi fructus adhuc sint extantes, quo casu fundi pars videri poterant, non fructus, *l. fructus pendentes, ff. de rei vend. l. Iulianus, §. si fructib. ff. de action. empt. l. qui fundum, §. cùm fundum, l. cùm manu sata, ff. de contrah. empt. l.* 11. *tit.* 15. *part.* 5. vbi vterque Interpres, Angel. *in l. fructus, ff. solut. matr.* quia non dicitur quis fructibus vti, nisi deductis expensis, *l.* 1. *C. de fructib. & litium exp. Hoc*, inquit Imperator, *fructuum nomine continetur, quod iustis expensis deductis superest*. Tum etiam quia in hoc fundo exculto, cuius pendentes fructus pars sunt, reperitur labor, cura, & diligentia mea, meáque impensa, quem cùm accipis excultum pendentibus fructibus, meam operam, & meam industriam accipis, & meam substantiam, cum meo damno. Quod contra naturalem æquitatem est, de qua *in l. si me & Titium, ff. si cert. petat.*

15 In iudicio autem vniuersali etiamsi pauciores fructus proueniant, bonæ fidei possessori integri ij sumptus debentur, *l. quod si sumptus, ff. de petit. hæred. Quod si sumptus quidem fecit*, inquit Vlpianus, *nihil autem percepit fructuum, æquissimum erit rationem horum quoque in bonæ fidei possessoribus haberi.* Speculator *d. §.* 1. *vers. quid si excedunt*: qui cum Accursio *in d. l. quod si sumptus*, in bonæ fidei possessore vniuersali loquitur.

16 Inde qui expensas facit in colendis fructibus & colligendis & seruandis, causam habet retentionis cohærentem ipsi rei; quæ causa retentionem inducit: nam licèt regulariter res, quæ pignori non est tradita, non possit pro debito retineri, *l. fin. C. commodati: Prætextu debiti*, inquit Imperator, *restitutio commodati non probabiliter recusatur: l. si non inducta, C. in quibus causis tacitè pignus vel hypotheca*: gloss. Bart. Paul. & Ias. *in l. si non sortem, §. si centum, ff. de condict. indebit. l.* 5. *tit.* 8. *part.* 5. si tamen reperitur expensum in ipsa re, tunc habet, qui expendit, causam retentionis cohærentem ipsi rei, licèt res ipsa non sit in pignus tradita, *l. colonus*, iuncta glossa, *vers. propter, ff. de*

vi

vi & vi armat. l. si necessarias, ff. de pignorat. actione. Si necessarias expensas fecerim, inquit Pomponius, *in seruum vel in fundum, quem pignoris causâ acceperim, non tantùm retentionem, sed etiam contrariam pignoratitiam actionem habeo: l. quod dicitur, ff. de impens. in reb. dotalib. fact.* quod ad pistores, sartores, & pictores extendunt Bald. *in d. l. fin.* Angel. *in l. quædam, §. numularios, ff. de edendo*, Salicetus vtrobique, Bart. Paul. Iason, & Alexand. *in d. §. si centum*; vt calceos, tabulas pictas, deuectaque, vulgò *fardelos*, retinere possint. Quod eadem ratio postulat in scriptore, & tabellione, vt acta processus pro non soluta mercede retinere possint, quia ij habent iuxta iuris fundatam rationem causas retinendi cohærentes ipsi rei. In hoc nostro Senatu, Aduocatis, Procuratoribus, scribis, & relatoribus prohibita est ista rententio; consulitur tamen sibi datis mandatis de soluendo: quod ego in tabellionibus durum iudico, ex fundata iuris ratione; sustinetur tamen vt faciliùs causæ expediantur: sed fit plerumque vt hoc quæsito colore scribæ sua mercede defraudentur, ideò attentiùs aduertendum est, ex qua causa acta petantur, & ita fit quotidie.

Neque solùm ex his, quæ diximus, interpretamur dictam legem *fundus qui*; sed ex Pontificia decisione *in cap. tua nos, de decimis*, vbi particulari decisione constitutum est in decima prædiali, debita Ecclesiæ & Parocho, vt in facienda eius computatione non deducantur expensæ, quæ fiunt gratiâ fructuum, *cap. pastoralis, cap. non est in potestate, cap. cùm homines, de decimis:* glossa *in l. si à patre vel domino, §. fin. ff. de pet. hæred. verbo impensis*, vbi Albericus, Bald. & alij: Petrus Rebuffus *de decimis quæst.* 11. *num.* 3. Aluarus Vasquez *iuris emphyt. quæst.* 17. *num.* 10. *ad fin.* Gaspar Baëza *de decima tutori præstanda, cap.* 29. *in princ.* rationem ipsi non addunt: Frater Dominicus de Soto in suo eleganti tractatu *de iustit. & iure, lib.* 9. *quæst.* 4. *art.* 2. ante responsa ad argumentum, *ad fin.* rationem eam esse ait, cur non deducantur expensæ seminis, laboris, & operæ in seminandis, seruandis, colendis, & colligendis fructibus, quoniam ita existimandum sit coitam esse societatem inter agricolam, & Deum Optimum Maximum, vt ille semen, laborem, operam, & diligentiam ponat, confisusque Dei largitati & beneficio, terræ mandat operam suam, & impensam, periculo expositus, ne nihil suscipiat; Deus autem immortalis cumulato beneficio frugem conferat: nihil mirum igitur si pro suo periculo agricola nouem partes retinens, Deo largitori partem vnam integram relinquat, qui iura societatis remittens, beneficus esse & videri cupit. Et cùm soleat de hominibus in omni vitæ ratione optimè mereri, in hoc plurimùm sibi debere hominem, non obscuro testimonio profitetur, cum quo non leoninam, vt adsolent homines, sed diuinam quandam societatem coierit, plenam beneficio, & largitate, vt decet Deum Optimum Maximum. Cùm ergo iure societatis quatuor sibi debitas partes remittat, æquum fuit vt ex illa vna, quam sibi retinuit, in recognitionem beneficij præstiti nullæ expensæ deducerentur. Sotus nihil ad hoc allegat; eam autem rationem agnouit Concilium Triburiense sub Arnoldo Imperatore, anno à salute Christiana DCCCXCV. *capite* 13. *de decimis. Decimæ*, inquit, *ex debito requiruntur: quod si diceret Deus, meus es, ô homo, mea est terra quam colis, mea semina quæ spargis, mea animalia quæ fatigas,*

gas, meus est solis ardor; & cùm omnia mea sint, tu qui minùs accommodas, solam decimam merebaris; sed seruo tibi nouem, da mihi decimam: si non dederis decimam, auferam nouem: si dederis mihi decimam, multiplicabo nouem. Si ergo quærat aliquis cur decimæ dentur, sciat quod ideo dandæ sunt, vt hac deuotione Deus placatus, largiùs præstet quæ necessaria sunt. Hactenus Concilium, quod est addendum his quæ tradit Sotus vbi suprà.

Ex quo genere largitatis illud descendit, quod tradit idem Soto in respon-
18 sione ad quartum argumentum, vbi suprà, quod cùm Deus Optimus Maximus erga nos liberalitatem exerceat, quia relictis societatis humanæ legibus, è decem partibus vnam retineat sibi Deo domino, & largitori, cùm posset iure optimo omnium dominus omnia habere, æquum est vt hæc decima Deo largitori debita nulli subdatur tributo, nulli collectæ, nulli mercedi, nulli pensitationi: omnia hæc post decimam soluenda sunt. Quod Sotus colligit ex D. Thoma, quem refert, 2.2. *quæst.*87. Constitutum tamen fuit in Concilio Lateranensi sub Innocentio III. *cap.*54. *de decimis*, & est *in cap. cùm non sit in homine, de decimis*, quod siue agatur ager vectigalis, siue emphyteuticarius, siue censuarius sit, ante mercedem, pensionem, vectigal, & censum decima Deo soluenda est, ante tributum & collectam, de quibus dicemus inferiùs *cap.*11. *à num.*45. & est interpretatio ad dictam legem *fundus qui*, quam interpretamur, vt in decimis non habeat locum, quæ Deo dantur: ex qua ratione,
19 an habeat locum in decimis, quæ Nobilibus præstantur in hoc Regno iure præscripto, tu cogita: de his inferiùs *cap.*9. *à num.*90. Postquam autem semel fructus sunt decimati, decimari ampliùs non debent. Sotus vbi suprà.

Hinc nonnullis placuit id quoque esse recipiendum in fisco, vt si pars quo-
20 ta debeatur fisco, priùs soluatur quàm expensa deducatur, quod est notabile pro tertiis, quæ Regibus Hispaniæ soluuntur: authores huius opinionis sunt, inter nostros, Auendañus *part.*2. *cap.*14. *num.*15. *de exeq. mand.* inter Gallos, Tiraq. *lib.*1. *retract.* §.15. *gloss.*1. *num.*12. inter Italos, Afflictis *decis.*252. post Bald. Angel. Immol. Cuman. Roman. Alex. Aretin. Socin. Iasonem *in l. fructus, ff. solut. matr.* & quos refert: inter Lusitanos Aluarus Vazquez *quæst.*17. *num.*20. & inter nostros, Gaspar Baëza vbi suprà, *cap.*29. *num.*1. Rationem eam esse
21 aiunt, quod fauor decimarum, scilicet pius, extendendus sit ad fauorem publicum; quæ ratio diluitur ex ea, quam adduximus ex Concilio Triburiensi, quæ in fisco habere locum non potest, odioso, & cui iura inimica sunt, *l. vna, §. fin. Cod. de caducis tollendis*: ideo nos ab hac recepta sententia decedimus, & apertiùs inferiùs *cap.*11. *num.*60. Habebit ergo locum dicta lex *fundus qui*, in tributario prædio, contra communem hanc sententiam, ex diuersa ratione, quæ in fisco, & in Deo reperitur: præstat hic, accipit ille: vnde immeritò Gaspar Baëza *vbi suprà*, cùm agnosceret eam sententiam, scilicet non rectè argumentari à decimis ad tributa, quia non subsit eadem ratio, quoniam alterum sit fauore plenissimum, alterum verò nimis odiosum; cumque id fundarit *num.*2.3. & 4. cumque ex hoc principio deriuarit illam conclusionem, scilicet decimam fructuum tutori debitam (de qua nos agimus infrà, *capit.*20. *num.*11. & 13.) ita demùm deberi, deductis priùs his expensis fructuum, ex multis, sed maximè ex regula dictæ legis *fundus qui*, & aliis; tandem *à num.*7 tenet contra-

trium,

rium, & mouetur leuissimis argumentis, quæ non debuerunt hominem foro assuetum, scholarum delicis egressum, in eam sententiam adducere: ídque vt teneat, mouetur triplici argumento, cui facilis est responsio.

Adstruit primùm, in partiario colono (& hæc est alia declaratio ad dictam legem *fundus qui*,) receptum esse vt diuisio fiat fructuum non deductis expensis fructuum; quæ quidem sententia, cùm fatear eam communem & receptam esse, non diffiteor esse falsissimam, cùm neque ius, neque legem habeat, ratióque aliud postulet. Authores huius opinionis ipse refert Bald. & Isern. *in l.1. C. de fructibus & litium exp.* Bald. *in l.1. C. pro socio*, *q.7.* Bart. Bald. post Alber. *in l. fructibus, ff. solut. matr.* Afflict. *d. decis.* 252. Bertrand. *consil.* 255. *lib.* 1. *num.* 4. Innoc. Hostiens. Abb. & reliquos *in d. c. tua nos*, Franciscum Marcum *decis.* 888. & 890. *num.* 12. & *seq.* hanc opinionem dixit receptam Aluar. Vazquez *quæst.* 30. vbi suprà *num.* 9. modò ita argumentaretur Baeza: cùm in partiario colono istud receptum sit, meritò recipiendum est in tutore, cùm subsit eadem ratio iuris constituti; hoc verò argumentum deductum à partiario colono præsupponit veritatem receptæ sententiæ in partiario colono, quæ tamen falsissima est; nam primum est contra expressa iuris principia, quæ adduximus *ex d.l. fundus qui*, & quæ tradimus infrà *cap.* 14. *num.* 23. tum etiam quia receptæ sententiæ Authores, non omnes eam probant, etiamsi Authores eiusdem referant; aliqui sine iure esse non diffitentur, plerique ad consuetudinem referunt, quæ virum de iure solicitum nulla in re recreat. Vide Bart. & Ias. *in d.l. fructus*, & Franciscum Marcum *d. decis.* 888. & 890. & Aluar Vazquez, qui ab ea decedit, & meritò, *vbi suprà*. Quia quæ iura sunt de decimis, non possunt applicari colono partiario, & domino, ex ratione Dominici de Soto. Deus Author naturæ fruges dat, fructus efficit, procreat, & conseruat; dominus non item: quare in colono quoque partiario recipienda est regula dicta legis *fundus qui, ff. famil. ercisc.* iuxta quam interpretamur idem in tutore, ídque repetimus *d.c.* 14. *num.* 23.

Secundò argumentatur Baëzius, ídque *num.* 8. & id argumentum secundum reincidit in primum; quia licèt verum sit (inquit ille) quod fructus dicuntur deductis expensis, illud ait ille verum esse quando non debetur quota pars fructuum, vtputà dimidia, decima, quarta: allegat *cap. tua nos*, & *cap. pastoralis*, suprà adducta, & ita existimat nullam esse iuris rationem particularem in decimis; quasi illud recipiendum sit vniuersè vbicunque fructus debeantur per quotam: quod notant Hostiens. & Abb. ibi. Illa autem Doctorum traditio falsa est extra casum decimarum; in decimis verò recipitur propter largitatem Dei Optimi Maximi, quam adduximus *ex cap. tua*, & *cap. pastoralis*: vnde non potest deduci argumentum extra decimas Deo debitas; itaque hoc secundum argumentum est idem cum primo.

Tertium argumentum, quo mouetur, est deductum ex vsu loquendi: quoniam (inquit) agricolæ, omnésque ita soliti sumus loqui, vt cùm dicimus ex vinea nostra tot vuarum corbes deductos, intelligam nullis deductis expensis; vnde existimat verba legis Hispanæ *in l. 2. tit. 7. lib. 3. fori leg.* & *l. Si el padre, titulo de los herederos, lib. 4. legum Gothorum*, ibi: *Mantengales de los fructos, y tome para si el diezmo*; ita intelligenda esse, nullis deductis expensis fructuum; ídque

ex quadam æquitatis congruentia (vti ipse ait.) Ego primùm nullam hîc video æquitatis congruentiam, & quotidie fugio istas æquitates non scriptas, infrà *hoc cap. num.* 28. tum video scriptum ius, quod constituit istas expensas omnino deducendas: tum rem ipsam plenissimam iniquitate censerem erga pupillum, si expensæ sibi computentur in ratione tutelæ, & decima fructuum sine expensis soluatur: tum Bart. & Ias. *in d. l. fructus, ff. solut. matrimon.* sine iure esse aiunt, quod de partiario colono receptum est: ego addo esse contra expressa iura dictæ legis *fundus qui*: quod verò attinet ad vsum loquendi, non solùm vulgus ita loqui consueuit, sed & Iurisconsulti eam locutionem agnos-
23 cunt; quidquid enim à terra percipitur, si renascatur, fructus vocant, *l. diuortio, §. si vir*, secundùm communem & receptam allegationem, *ff. solut. matrimon.* Cæterùm in vera ratione iuris, si sumptûs intercedat ratio, id solùm nomine fructus intelligit ius, quod superest deductis expensis factis propter fructus, *dict. leg. si à patre vel domino, §. fin. d. l. fructus, d. l. fundus qui, d. l.* 1. quarum regula recipit declarationem ex dicto *§. si oliuam*, secundò *ex d. cap. tua nos*, & *cap. pastoralis*, & *cap. non est in potestate*, & *cap. cùm homines*; in cæteris autem, scilicet fisco, colono patiario, & tutore viget regula *dictæ legis fundus qui*; hæc autem pertineant ad expensas, quæ fiunt gratiâ fructuum: nunc reliquas aggrediemur necessarias, vtiles, & voluptatis in bonæ & malæ fidei possessore; reliqua generalia attingentes, quæ petinent ad expensas, antequam ad particulares rerum possessores deueniamus, in quibus propter naturam contractus sæpe decedimus à regulis vniuersalibus: postremò de computatione ipsarum cum fructibus, & de æstimatione, & probatione cùm nonnulla dixerimus, noster labor finietur: quem propter me ipsum, & mei similes suscepi, non propter Doctores, qui omnia hæc abundè callent & sciunt.

Quod verò pertinet ad reliquas impensas in bonæ fidei possessore longè alia
24 consideratio est quàm in malæ fidei possessore: namque necessarias expensas, quas iam superiùs exposuimus quæ sint, bonæ fidei possessor semper deducit, *l. Paulus, in fin. ff. de doli exceptione, l. si in area, ff. de condict. indebit. l. adeò, §. certè, ff. de acq. rer. dom.* ídque non solùm excipiendo de dolo, & retinendo, quod Iureconsulti omnes existimarunt, *d. l. si in area*, ibi: *Nullo alio modo quàm per retentionem impensas seruari posse*; de qua lege nos sæpe acturi sumus, & agimus latè infrà *cap.* 7. per plures numeros, & *d. l. Paulus, d. §. certè*, ibi: *Per exceptionem doli mali repelli.* Et ibi: *Opposita doli mali exceptione*; sed noviore iure Codicis, actione quoque & petitione, *l. domum, C. de rei vendic.* ibi: *Nullam habent repetitionem nisi necessarios sumptus fecerint*; quod ius in hoc nouum est, & iura omnia illa antiqua inducta noua actione extendit, vt hic possessor propter necessarias expensas excipiat, retineat, & agat, petatque: nobis Hispanis est lex 44. *titul.* 28. *part.* 3. quæ exceptionem & retentionem potiùs quam actionem præstare videri poterit attentiùs intuenti, ibi: *Que aquel que las despensas fiziere que sean menester, que las puede y deve cobrar.* Et ibi: *E mager el señor de la cosa, o de la heredad lo venciesse en juyzio, non gela deve ante entregar*: de qua conclusione nulla disceptatio, nec dubitatio Doctorum est; & sunt iura expressa, ideò referre scriptores nolumus; quod nobis erit obseruan

obſeruandum in his ſententiis, quæ iuribus comprobantur, nullúmque habent contradictorem.

Sequens concluſio ſit: Bonæ fidei poſſeſſor vtiles expenſas deducit tribus 25
caſibus, obſeruata Doctorum explicatione. Primus ſi dominus aliàs erat facturus huiuſmodi vtiles expenſas: ſecundus, ſi illicò erat rem ipſam vtiliter melioratam venditurus, ne commodum cum aliena iactura reportet, & ex aliena ſubſtantia ſine cauſa diteſcat: tertius caſus, ſi ſit diues, & habeat vnde has vtiles expenſas ſoluere poſſit. Hos tres caſus aiunt quidam Celſum veterem Iuriſconſultum poſuiſſe *in l. in fundo, ff. de rei vendic.* ibi: *Finge dominum eadem facturum fuiſſe, reddet impenſas.* Et ibi: *Finge pauperem, cui ſi reddere id cogatur, laribus ſepulchriſque auitis carendum ſit, ſufficit tibi permitti tollere.* Et ibi: *Eam eſſe perſonam domini, quæ receptum fundum mox venditura ſit.* Hactenus Celſus, & iuxta hanc interpretationem hanc trimembrem diſtinctionem deducunt *ex dict. l. in fundo*, Bartol. Bald. & alij, quos huius diſtinctionis authores refert & ſequitur Anton. Gomez *in l. 46. Tauri, num. 2. verſicul. ſi verò*, qui allegat *legem* 40. *titul.* 28. *part.* 3. Iſta autem partitio non eſt ſine difficultate, tum ex ipſa lege noſtra Hiſpana, cui plurimùm concedendum eſt, quia nobis facit ius, non verò Celſi reſponſum *in dict. l. in fundo*, etiamſi ipſum intelligamus iuxta Antonij Gomez interpretationem in illis tribus dumtaxat caſibus, & in triplici illa ſpecie, quam Iuriſconſultus Celſus tractauit. Præterea augetur difficultas *ex l. 44. eod. tit. & partit.* quæ, vt ad oculum patet, nihil requirunt in domino eorum quæ animaduertit Antonius Gomez *in d. l. in fundo*, & quos ipſe refert & ſequitur: tum etiam, quia iure communi regula videtur firmanda in contrarium, vt ſcilicet ſemper vtiles boni fidei poſſeſſori deducendæ eſſe videantur, idque tradendum ſit regulariter, niſi æquitas aliud ſuadeat, *ex dict. l. in fundo*, quæ bene probat hanc regulam: exempla autem illa tria neque ampliant aut extendunt, neque conſtringunt regulam, & magis ſuadent deducendas eſſe expenſas vtiles, quàm non deducendas. Apertior ad hoc deciſio *in l. planè, & in l. vtiles, ff. de petitione hæreditatis*; vbi indiſtinctè doli exceptione oppoſita, vtiles expenſæ deducuntur: quoniam autem poterant aliquando etiam ab hoc bonæ fidei poſſeſſore non deduci, æquitate ſuadente, vt erat ſecundo caſu legis *in fundo*, retento, ſcilicet ſi dominus qui ſoluturus eſſet expenſas, pauper ſit, & res meliorata auita, quâ carendum omnino ſit, niſi ſoluat dominus pauper expenſas, qui vnde ſoluat nihil habet, nec decet carere re auita, ac ſubinde ſepulchris & laribus auitis, iuxta textum *in l. quæ tutores, ff. de adminiſtrat. tutorum*, & *in l. ſi in emptione, ff. de minoribus*; adde in hac ſpecie propoſita, vbi difficultas ſolutionis eſt ex parte domini, ad recuperandam rem auitam, vtiles illas expenſas abradi non poſſe à bonæ fidei poſſeſſore ſine rei interitu. Quo quidem caſu apertè æquitas videbatur ſuadere, ne deducerentur expenſæ illæ à bonæ fidei poſſeſſore, immò videbatur dicendum omnino tradendam rem cum expenſis domino pauperi, quia ſoluere expenſas non poteſt, ne re auita careat; neque abraſionem concedendam eſſe bonæ fidei poſſeſſori, quoniam conſtituimus, abraſionem ſine læſione rei contingere non poſſe; itaque inopia, avitus fauor, difficultas abradendi videbantur adimere vtilium expenſarum deductionem. Æquitaſque id

videbatur postulare, ne deducerentur, quæ scripta est *in l. vtilium, ff. de impens. in reb. dotalib. factis. Vtilium* (inquit Paulus) *nomine ita faciendam esse deductionem quidam aiunt, si voluntate mulieris factæ sunt: iniquum enim esse compelli mulierem rem vendere, vt impensas in eam factas soluat, si aliunde soluere non potest, quod summam habet æquitatis rationem.* Quid autem in hac specie soleat pronunciare Senatus noster, dicemus *cap. 6. num.* 11. Sat sit ergo monstrasse, posse id fieri, vt bonæ fidei possessor vtiles impensas iure quidem debitas deducere & conseruare non possit. Itaque procliuius multò est in hac vtilium expensarum deducendarum tractatione regulam affirmatiuam firmare, vt regulariter deducantur, quàm negatiuam: at verò quoniam, vt dicebamus, ex rebus causisque æquitas, aut iniquitas insurgere potest, si aliquando deducantur, vel non deducantur; ideò Celsus consultissimè *in d.l. in fundo*, ex personis causisque bono viro constituendum reliquit: idem fecit Paulus, qui eiusdem temporis fuerunt Iureconsulti Papiniani auditores, *in d. l. vtilium*: idem Pomponius Celsus, & Paulo æqualis Papiniani quoque auditor, *in l. nisi venalem, ff. de rei vend.* exempla autem illa tria à Celso adducta, addita sunt, vt rem magis exponeret exemplis, quibus res, de quibus sermo est, fiunt clariores, quàm vt ad illa tria exempla vniuersas regulas vtilium expensarum reduceret.

26 Paulus enim *in d. l. planè*, omninò & indistinctè censet conseruandas esse vtiles expensas bonæ fidei possessori: idem nobis nostra lege Hispana decisum est, ex quibus regula sumenda est. Verba nostræ legis hæc sunt: *Otrosi dezimos, que si el fizo despensas que fuessen prouechosas, si las fizo en buena fe, que las deue cobrar, maguer no fuessen menester.*

27 Neque nostrum ius submouet boni viri illud arbitrium, de quo *in d. l. in fundo*, & *in d. l. vtilium*, quoniam arbitrium illud proficiscitur ex æquitate scripta, quam non ius ciuile, sed naturalis ratio induxit, quo cuique suum reddendum est: naturalia autem iura nullibi exclusa reperiuntur, sed perpetua & vniuersa sunt, legéque ciuili comprobata, quæ etiamsi iuris ciuilis instituta meritò dicantur, & rectè nominentur, non ideò minùs æqua & iusta videri possunt, ex ipsius naturæ ductu.

Quamvis enim iure Cæsarum, aut Hispano scripta sit illa æquitas, qua cuique suum reddendum esse arbitramur; quia tamen illa iura nihil aliud effecerunt, quàm naturali huic iuri vim quoque, & potestatem ciuilem addere, qua ciues in rebus gerendis arctiùs vincirentur; meritò leges illas, quæ naturalem æquitatem continent, naturalis iuris instituta esse censemus. Ideóque ex hac naturali æquitate temperari ciuiles omnes leges constat, quod non est admittendum in aliis legibus, quæ merè ciuiles dispositiones continent. Immò leges ciuiles Hispanæ ad literam accipiendæ sunt, neque licet ab eis decedere vllo quæsito colore, nec vlla fictitia æquitate. Admisso tamen arbitrio Celsi *in d.l. in fundo*, ad illa tria genera, aut exempla, vniuersa vtilium expensarum tractatio non est restringenda, quia iniquitas subest si restringas. Finge enim me in fundo qui petitur & euincitur, domum vtiliter erexisse, qualem vicinus in vicino fundo habet: an dices quia dominus omnino non fuisset facturus, neque vendituris, non conseruari mihi has expensas vtiliter factas? quin si dominus pauper sit, cur meas expensas quas donare, legare, & vendere possum,

ſum, quia iure proprio poſſideo, vt infrà dicemus, *cap. 9. num.* 20. non vendam, vt ſubſtantiam conſeruem meam, poſtquam dominus pauper eſt? Certè quamuis nullus ex illis tribus caſibus occurrat, ſi alius ſit, idem quoque decidendum eſt, ita vt vtiles expenſæ deducantur omninò, poſſint tamen non deduci ſuadente æquitate, *ex d. l. planè*, & *d. l.* 40. quæ deducendas omninò conſtituit. Admittet ergo dicta lex 40. boni viri arbitrium, de quo Celſus *in d. l. in fundo*; & ita quotidie animaduerto noſtrum Senatum cenſere, cùm arbitrium illud Celſi habeat naturalem æquitatem ſcriptam, quæ in tractandis cauſis præcipuum ſemper locum obtinet.

Aduertimus tamen non eſſe hanc æquitatem in omni genere cauſarum arripiendam, neque ſubuertendas eſſe leges, nec Reipublicæ inſtituta conculcanda 28
temerè ſub ſpecie æquitatis: nam quæ æquitas ſine iure, ſine lege, quæ ſcripta non eſt, ſed captioſè arrepta, peſtilentiſſimum virus eſt, & viro de re & vita ciuium agenti dira lues. Bart. Bald. & reliqui *in l. 1. C. de Regibus, l. placuit, C. de iudiciis.* Abb. *in cap. fin. de transact.* niſi enim ab hac cauerint cordati iudices, nil erit vel certum, vel perpetuum in iure, quibuſlibet cauſarum ſtatum ad imaginariam & temerariam æquitatem (aut vt rectiùs dicam) iniquitatem detorquentibus. Quam iudicum iniuriam vt effugerent Allobroges, vulgò Delphinates, vel Sabaudienſes Regno Galliæ addicti à Rege Franciſco, poſtularunt per legatos certis de rebus ad ipſum miſſos, inter cætera, ne iudicibus & Senatui, quos apud ipſos creauerat Franciſcus, liceret ex æquo & bono iudicare: innuẽtes ſcilicet non obſcurè, cupere ſe, & poſtulare, ne cui iudici fas ſit, æquitatis ſpecie vim, authoritatémque iuris, & legum cõſtitutarum temerè euertere: videbant in his quæſtionibus de æquo & bono pernicioſos contingere errores ſub authoritate iuris ſcientiæ, ex Paulo *in l. ſi ſeruum, §. ſequitur, ff. de verbor.* Allobrogum petitio primùm barbara viſa, attentiùs verò perſpecta, opportuniſſima & prudens viſa eſt. Refert. Franciſcus Connanus *comment. iuris ciuilis lib. 1. cap. 11. num. 7.* vbi latiſſimè & elegantiſſimè de æquitate, & quatenus ſit accipienda. Cicero *pro Aulo Cecinna*, cùm in hanc incideret quæſtionem, quæ iam illis temporibus foro irrepſerat, & bonam fori partem contaminarat: Ita contra *imaginariam*, inquit, *æquitatem*, dum authoritatem iuris ſcripti tuetur & 29
defendit. *Atque illud* (inquit) *in tota defenſione tua mihi maximè mirum videbatur, te dicere Iuriſconſultorum authoritati obtemperari non oportere: quod ego, tametſi non nunc primùm, nec in hac cauſa ſolùm audio, tamen admodum mirabar abs te quamobrem diceretur; nam cæteri tum ad iſtam hortationem decurrunt, cùm ſe in cauſa putant habere æquum & bonum quod defendant; ſi contrà, verbis & literis, & vt dici ſolet, ſummo iure contenditur, ſolent eiuſmodi iniquitati & æqui & boni nomen dignitatemque opponere. Tum illud quod dicitur, ſi veniat, irrident: tum aucupia verborum, & literarum tendicula, inuidiã vocant. Tum vociferantur, ex æquo & bono, non ex callido, verſutoque iure rem iudicari oportet: ſcriptũ ſequi, calumniatoris eſſe; bonique iudicis, voluntatem ſcriptoris, authoritatemque defendere.* Hęc Cicero, qui cùm aduerſarium his veluti aculeis pungat, contendentẽ deſerendum eſſe ius ſcriptũ ꝓpter æquitatem; ita paulò poſt authoritatẽ iuris ſcripti defendit. *Nam* (inquit) *qui ius ciuile contemnendum putat, is vincula reuellit non modò iudiciorum, ſed etiam vtilitatis vitæque communis: qui autem Interpretes iuris vituperat,*

perat, si imperitos iuris esse dicit, de hominibus, non de iure ciuili detrahit; si in peritis non putat esse obtemperandum, non homines lædit, sed leges ac iura labefactat; quod vobis venire in mentem profectò necesse est, nihil esse in ciuitate tam diligenter quàm ius ciuile retinendum; & cùm hoc sublato nihil est quare exploratum cuiquam possit esse quid suum, quid alienum sit; nihil est quod æquabile inter omnes, atque vnum omnibus esse possit. Hæc Cicero. Vide quàm periculosum sit, quamque plenum iniuriâ semper fuerit, propter imaginariam quandam æquitatem, quæ nullibi scripta sit, authoritatem iuris scripti conculcare, læsis legibus, violato iure, perturbato iudiciorum ordine, & miserrimi ciuis, qui iustitiam sibi expectabat, ablatis bonis, vtilitate reiecta, honoreque neglecto. Vigeat ergo ius, abeat æquitas non scripta, naturalis autem æquitas scripta omnia moderetur instituta ciuitatis. Omnes temperet ex iure scripto leges. Hactenus de lege *in fundo*, & lege *vtilium*, & de æquitate quatenus sit recipienda.

30 Cùm autem de vtilibus impensis agamus, illud solet quæri, vt impensa vtilis dicatur, an vtilitas ex domino, an ex possessore expendenda sit? In qua quæstione non aliunde vtilitas expectanda est, quàm ex persona domini, non verò ex persona possessoris; sæpè enim ditiores pauperum breuiores ædes conductas, lateritiis pauimentis, & tubulis fumariis eductis totam decennij mercedem consumunt; at tunc quidem domini nihil sibi vtile recipiunt, quia nihil istis rebus indigebant: magis ergo est vt perspecta qualitate domini hæc ipsa inutilia esse censeamus, etiamsi vtilia possessori sunt, *leg. Titius, ff. de actionibus empt. & vendit.* ibi: *Iniquum videtur in magnam quantitatem obligari venditorem: leg. si seruos, ff. de pign. actione*, ibi: *Sicut enim negligere creditorem dolus & culpa quam præstat non patitur, ita neque talem efficere rem pignoratam, vt grauis sit debitori ad recipiendum. Putà saltum grandem pignori datum ab homine, qui vix luere potest, nedum excolere, tu acceptum pignori excoluisti, sic vt magni pretij faceres: alioquin non est æquum, & quærere me alios creditores, aut cogi distrahere, quod velim receptum, aut penuriâ coactum derelinquere tibi. l. sed an vltro, §. 1. de negotiis gest.* ibi: *Quid enim si eam insulam fulsit, quam dominus quasi impar sumptui dereliquit, vel quam sibi necessariam non putauit? Onerauit* (inquit) *dominum, secundùm Labeonis sententiam.* Et

31 hæc sunt optima iura. Cùm itaque constituerimus regulam, vt vtiles impensæ deducantur bonæ fidei possessori, illud ita accipiendum est, si vtilitas dominum respiciat, ne oneretur à possessore excogitatis impensis, multiplicatis sumptibus, quibus impar dominus rem suam derelinquere cogatur. Vtilissimum possessori meliorationes has vtiles inchoanti consensum domini requirere, aut iudicis cum cognitione causæ, ne videatur consultò dominum onerasse expensis: quòd si domino fuerint vtiles, tunc nec ipsius, neque iudicis requiro consensum, quod ex causis personisque iudex animaduertat, infrà *cap. 12. num. 52.*

32 Tertia regula est de expensis, quæ fiunt voluptatis causâ, vt has expensas bonæ fidei possessor non deducat, abradat autem sine læsione prioris status: *l. vtiles, ff. de petition. hæredit. l. in fundo, ff. de rei vendicat.* ibi: *Neque enim malitiis indulgendum est, si tectorium, putà quod induxeris, picturasque corradere velis,*

velis, nihil laturus, nisi vt officias. l.44.*titulo* 28. *partit*.3. ibi: *Otrosi, dezimos que si aquellos que son tenedores de casas, o de heredamientos agenos, fazen despensas en ellas que non son muy prouechosas, mas son postura de la casa, o de la heredad, assi como las pinturas que fazen en ellas, o los canos que fazen por que nazca ay agua, o las otras cosas semejantes destas que fazen, ay como por aver deleyte ponellas, mas que por si ovo buena fe en teniendo aquello en que las fizo cuydando que era suyo, que entonces puede tomar loque oviere fecho y llevarlo:* quod iure nostro verissimum est, bonæ fidei possessorem abradere solùm istas expensas sine læsione rei: iure autem communi verius est, deduci posse exceptione de dolo, item & abradi, *dict. l. vtiles.*

Neque existimes indistinctè, & omnino esse concessam abrasionem; abradere enim volenti, si dominus paratus sit tantùm soluere, quantùm abradendo possessor habiturus sit, cessat abrasio, *ex dict. l. in fundo*, Bartol. & aliis, & Bald. *in l. sed & si quid, ff. de vsufructu:* quod quidem habet locum, etiamsi appositum sit pactum, vt omnino abradere liceat, nihil obstante pacto, offerente domino, cessat abrasio. Bald. per dictam legem *in fundo*, ibi: *Censuimus verò, vt si paratus sit dominus tantùm dare, quantùm habiturus esset possessor his rebus ablatis, fiat ei potestas; neque enim malitiis indulgendum est.* Sequitur Ias. *in l.1. Cod. de iure emphyteutico, numero* 31.
33
34

Hæc autem abrasio impeditur in fundo rustico & vrbano, offerente domino meliorationis æstimationem, *ex d. l. in fundo* cuius ratio, hoc est, vt obuiam eatur malitiis, militat in vtroque fundo, offerente domino, & apertè loquitur in vtroque, ibi: *Si ædificasti, vel conseuisti.* Deformitas autem vrbis aliis iuribus est prohibita, *l.2. Cod. de ædificiis priuatis:* & ita tenendum est contra Molinæum *in consuetudinibus Parisiensibus, tit.1. part.1. gloss.5. num.*71. & Isern. *in l.1. Cod. de iure emphyt. num.* 30. prohibitam fuisse abrasionem in vtroque fundo propter malitiam, non propter deformitatem, quæ non est in prædio rustico.
35

CAPVT II.

De malæ fidei possessore necessariò expendente.

Notabilia ex capite secundo.

1 *Malæ fidei possessor necessariò impendens deducit expensas, & repetit, nec abrasione indiget.*

2 *Abrasio sola malæ fidei possessori in vtilibus & voluptariis expensis concessa est.*

3 *Exceptio de dolo nunquam malæ fidei possessori, bonæ autem fidei semper conceditur.*

4 *Declaratur lex* planè, ff. de petitione hæreditatis.

5 *Desiderare est petere, & desiderium petitio est in iure.*

6 *Prohibitus exceptionem opponere, non prohibetur officium iudicis implorare.*
7 *Ratio quare pinguius succurratur malæ fidei possessori in necessariis quàm in vtilibus & voluptatis expensis, & quid nostro iure Hispano.*
8 *Agitur de lege* 1. C. de infantibus expositis.
9 *Impensa alimentorum tam necessaria dicitur quàm reparatio domus.*
10 *Abrasio singularem & particularem rationem habet in vtilibus & voluptatis expensis, non in necessariis: & abradit etiam qui necessariò expendit.*
11 *Fur condictione furtiua tenetur ad æstimationem, qua res vnquam plurimi fuit.*
12 *Vtilitas condictionis furtiuæ tum demùm locum habet, quando res non extat quæ sublata est.*
13 *Vegetatio infantis non ex alimentis solùm procedit, sed ex facultate naturæ: & de declaratione domini Francisci Sarmiento ad dictam legem* 1.
14 *Vegetatio infantis opus naturæ.*
15 *Natura instar patrisfamilias est, qui alimenta aliis præstat.*
16 *Alimentum alit, nutrit, vegetat, & vegetatum conseruat.*
17 *In hac materia expensarum longè alia ratio est furis, & malæ fidei possessoris: & de nomine,* fur, *quomodo in iure accipiatur.*
18 *Qui infantem expositum nutrit, instar eius qui de nouo ex suo in alieno ædificat, alimenta donasse videtur.*

1 IN malæ fidei possessore longè aliter disputandum est; sunt enim iura plura, quæ iam viris doctissimis visa sunt sine pace pugnare; ea tamen omnia distribuenda sunt in partes, vt clariùs elucescant, omnia enim simul confusè admodum tractabuntur. Itaque in malæ fidei possessore quod attinet ad expensas necessarias, regula indubitata est *ex l. domum, C. de rei vend.* ibi: *Malæ fidei*, inquit Imperator, *possessores eius quod in rem alienam impendunt, non eorum negotium gerentes, quorum res est, nullam habent repetitionem nisi necessarios sumptus fecerint: sin autem vtiles, licentia eis permittitur sine læsione prioris status eos auferre.* Et est expressa iuris decisio, ex quo abrasione non indiget malæ fidei possessor ad necessarias expensas recuperandas; quin immò semel traditas has meliorationes necessarias repetere potest, quod pertinet ad legem *si in area, ff. de condictione indebiti*, de qua infrà multa. Facit ad nostram conclusionem lex *planè, ff. de petit. hæred.* vbi vtiles & necessariæ impensæ coniunguntur; sed longè alia harum & illarum constituitur ratio. *Planè in cæteris necessariis*, inquit Paulus, *& vtilibus expensis possunt separari: vt bonæ fidei quidem possessores has quoque imputent, prædo autem de se queri debeat, qui sciens in rem alienam impendit. Sed benignius est in huius quoque persona haberi rationem impensarum: non enim debet petitor ex aliena iactura lucrum facere, & id ipsum officio iudicis continebitur: nam nec exceptio doli desideratur.* Hæc Paulus, ex quo responso iuncta dicta lege *domum*, ad necessarias & vtiles impensas recuperandas, malæ fidei possessor, de quo nobis sermo est, officium habet iudicis; hoc autem officium iudicis in eo versabitur, vt scilicet in necessariis malæ fidei possessori succurrat vberiùs, quàm in vtilibus: in illis non solùm abrasionem concedet, sed permittet petitionem

titionem, repetitionem & retentionem, ex vberrima dispositione dictæ legis *domum.* At verò in his beneficium præstabit abrasionis & separationis sine læsione, hoc est officium iudicis, ex dicta lege *domum.* Et licet de hac quæstione, quando abrasio competat, vel exceptio de dolo, vel vendicatio ad conseruandas & recuperandas expensas factas, inferiùs multa dicimus; tamen hîc di- 2
stinguendum est breuiter inter abrasionem, quæ velut sacra anchora, vnicum & postremum remedium est malæ fidei possessori circa vtiles, & voluptatis expensas, *dict. l. domum*, ibi: *Sin autem vtiles. l. idemque*, §. *idem Labeo*, *versic. idemque ait*, *ff. mandati*, ibi: *Permittendum est ei auferre quod sine damno domini fiat. l. vtiles*, *ff. de petitione hæreditatis*: ibi: *Vt tamen potestas ei fiat tollendorum eorum quæ sine detrimento rei tolli possunt*: & circa repetitionem, quæ in necessariis expensis malæ fidei possessori conceditur. Itaque licèt Iureconsultus indistinctè officio iudicis possessori, in vtilibus & necessariis expensis, qui malam fidem habeat, succurri posse fateatur; officium tamen hoc hodie post dictam legem *domum*, in vtrisque variè præstabitur; in necessariis pinguiùs, in vtilibus parciùs: qui necessarias expensas fecerit, quamuis malæ fidei possessor, retinebit, repetet, abradet; qui verò vtiles duntaxat, officio iudicis iuuabitur, vt separatione sibi consulat, quia in vtilibus hoc solùm repertum est remedium, quo sibi malæ fidei possessor consulat, scilicet abrasione, & separatione sine læsione prioris status, ex suprà adductis.

Vterque autem indistinctè exceptionem de dolo non habebit; namque ex- 3
ceptio de dolo pessimè applicabitur ei qui dolo fecit: exceptio enim de dolo bonæ fidei possessori, qui expensas facit, non malæ fidei competit, *l. vtiles*, *ff. de pet. hæredit.* ibi: *Videamus tamen ne ad picturarum quoque, & marmorum, & cæterarum voluptariarum rerum impensas æquè proficiat nobis doli exceptio: & vtique proficiet si modò bonæ fidei possessores sumus. l. Iulianus 37. ff. de rei vend.* ibi: *Videamus an nihil mihi exceptio prosit? nisi fortè quis dicat prodesse de damno solicito. Puto autem exceptionem huic non prodesse; nec enim debueram in alienam aream certus ædificium ponere. Sed hoc ei concedendum est vt tollat. l. adeo*, §. *certè*, *ff. de acquir. rerum domin.* ibi: *Poterit per exceptionem doli mali repelli, vtique si nesciuerit qui ædificauerit, alienum esse solum.* Sit igitur regula, vt exceptio de dolo in hac re, quam agimus, negata sit perpetuò malæ fidei possessori; ex qua declaratio est ad dictam legem *planè*, vt quoniam exceptio de dolo non competat malæ fidei possessori, qui dolum habuerit, cui dolum & fraudem prodesse iniquum sit, verba Iureconsulti *in d. l. planè*, ibi: *Nam neque exceptio* 4
doli desideratur; esse intelligenda necessariò negatiuè, ita vt huic, de quo agimus, malæ fidei possessori in omni genere expensarum vtilium, necessariarum, & voluptatis nunquam succurri possit exceptione de dolo, cùm dolo expenderit; idque innuunt verba illa, ac si clarius dixisset Paulus, Nec enim exceptio doli petitur, vel intentatur, vel opponitur: idque præterea quod coacta ratione intelligendum est, ex iuris regulâ, quæ doloso exceptionem doli negat, conueniunt ipsa verba; namque desiderare, postulare est, & desiderium tuum, *C. de muneribus postul. leg. professio & desiderium patrimoniali-* 5
bus, *lib.* 10. *l. cùm te transegisse*, ibi: *Frustra desideras. l. si diuersa pars*, ibi: *hoc desideras. leg. sanum*, ibi: *improbo desiderio*, *C. de transact. leg. ex duobus fratri-*

 bus,

bus, ff. de neg. gest. ibi: *Sumptus sibi quasi re meliore facta desiderabat.* Quæ loquendi ratio Latinis vsitatissima est. Vtitur ea Corn. Tacitus in vita Augusti: *Tiberium*, inquit, *olim nomine Augusti desideria militum & legionum frustrari*
6 *solitum.* Et paulò antè: *Blessus multa dicendi arte non per seditionem, & turbas desideria militum ad Cæsarem ferenda ait.* Itaque verba illa, *nec enim doli mali exceptio desideratur*, propriè, & iuridicè interpretanda sunt negatiuè; & est verus & receptus intellectus à Bartolo, & aliis post Accursium, qui inferunt ex dicta lege *planè*, quod prohibiti exceptionem opponere, non prohibentur officium iudicis implorare; quod quidem in hoc casu verissimum est, non ex hoc iure, etiamsi illud fatendum sit officio iudicis longè aliud consequi nos, quàm consequeremur exceptione; hac enim æstimationem expensarum consequeremur, illo verò abrasionem duntaxat, idque sine læsione: quod si læsio omninò futura sit, nihil consequemur, vt videas quàm parum fidendum sit his generalibus Doctorum traditionibus, quas nos vulgari verbo *Brocardicas* vocamus, quæ aut nullo iure innituntur, aut ex iure longè & confusè petuntur. Demus enim concedi ibi officium iudicis, denegari exceptionem, sed ad diuersa, & imparia; cum enim exceptionem de dolo non habeat hic malæ fidei possessor, benigna tamen interpretatione receptum est, vt cùm rem possideat, quia possessor existit, illud saltem obtineat, vt per abrasionem sine læsione possit sibi consulere, ex dispositione dictæ legis *demùm*, & dicti §. *certè*, & *ex dict. leg. Iulianus*; idque ne dominus in quantum fieri possit, ditescat cum aliena iactura; quod fieri quidem potest, si malæ hic fidei possessor, cùm adhuc rem possideat, sine læsione rei abradere possit suas expensas; plurimùm enim in hac re prodest ad hanc ipsam rem possessio rei, *ex l. Paulus respondit, ff. de exception. doli mali*, ibi: *Non aliàs sumptus consequi posse, quàm si possideat.*

7 Quin & illud maximè effecit, vt pinguiùs succurratur in necessariis, quàm in vtilibus, & voluptariis, repetitione scilicet, non abrasione duntaxat: quia in necessariis inest periculum si non fiant, non item in cæteris: necessarias namque expensas denegans duplici damno punitur; nisi enim necessarias recuperaret, factas amitteret: non factis autem damnum resarciret, *leg. ei qui, §. final. ff. de petit. hæreditat.* ibi: *Iulianus ait, cùm prædia vrbana & rustica negligentiâ possessorum peiora sunt facta, veluti quia vineæ, pomaria, horti, extra consuetudinem patrisfamilias defuncti, culta sunt, litis æstimationem earum rerum, quantò peiores factæ sunt, possessores pati debent.* Tiraquellus *de retract. lignagier, in fin. numero* 68. *& numero* 70. facit lex *quod si nolit*, §. *si mancipium, vers. culpam*, ibi: *Et præstantur omnia quæ præstarentur si viueret.* Et ibi: *Culpam autem accipimus omnem, non vtique latam.* Et *in l. cùm autem*, §. *cùm redhibetur, ff. de ædilitio edicto*, vbi glossa recepta, de quibus infrà nobis latissimè agendum est, cùm de damnis egerimus. Cùm igitur damna, & deteriorationem resarciat ex suo in necessariis expensis non præstitis, nimirum si alia ratio in his atque in illis reperiatur, vt hæ repetantur, illæ verò abradantur solùm sine læsione prioris status; nostro autem iure Hispano tales expensæ necessariò factæ etiam à malæ fidei possessore repetuntur & conseruantur indistinctè, *l.* 44. *titul.* 28. *part.* 3. ibi: *E en tal caso como este, dezimos, que aquel que las despensas fiziere,*

fiziere, que sean menester de fazerlas, que las deue, è las puede cobrar, demientra que fuere tenedor de la casa, o de la heredad en que las fizo, quier aya buena fe, quier mala en teniendola. Quæ lex repetitionem concedere minimè videtur, semper enim præsupponit, quod possessor qui expendit, rem ipsam melioratam possideat: ibi, *de mientra que fuere tenedor*; & ibi, *en teniendola*; & ibi, *non gela deve ante entregar.* Ex quo pronum est, vt arbitremur nouam decisionem legis *domum, C. de rei vendicat.* nostro iure non esse receptam, atque adeò malæ fidei possessori in necessariis succurri retentione, ibi, *non gela deve ante entregar*: vel abrasione, quæ ex his, quæ diximus, malæ fidei possessori conceditur in vtilibus, ac proinde multò fortiùs in necessariis. Valet enim argumentum à minori ad maius, *authentica multò magis, C. de sacrosanct. Eccles.* Vnde nostro iure, si malæ fidei hic possessor rem necessariis expensis traderet reparatam, nostra lege vix repeteret, cùm illa possessori quandiu rem possidet, retentionis beneficium ad conseruandas has expensas concedat, re verò tradita nihil constituit.

Hæc autem omnia, quæ diximus de malæ fidei possessore circa necessarias 8
expensas, difficultatem habent *ex l. 1. C. de infantibus expositis*: vbi in possessore malæ fidei contrarium decisum est expresè, miréque lex illa pugnat cum dicta lege *domum*; alimenta enim ibi præstita infanti, quæ necessariæ expensæ aptè tribuimus, vt infrà probabimus, non recuperantur à malæ fidei possesore. Immò penitus amittuntur; cúmque decisio illius textus clara & aperta sit, & communis item conclusio deducatur ex textu *in l. domum*, quæ clara item & aperta est; tota difficultas versabitur in intellectu dictæ legis 1. & in conciliatione istius legis cum dicta lege *domum*. Concordia autem difficilis visa est viris apprimè doctis, cùm *in d. l.* 1. malæ fidei possessor expensas necessarias, id est alimenta data infanti non recuperet: verba dictæ legis 1. hæc sunt.
Si inuito, vel ignorante te partus ancillæ vel adscriptitiæ tuæ expositus sit, repetere 9
eum non prohiberis; sed restitutio eius, si non à fure vendicaueris, ita fiet, vt si qua in alendo eo, vel fortè ad discendum artificium iustè consumpta fuerunt, restituas. Hæc Imperator. Duas habet hæc lex partes: in priori necessarias impensas, nempe alimenta præstita infanti denegat huic malæ fidei possessori, contra proximè resolutam conclusionem, & pugnat in hac priori parte decisio textus cum dicta lege *domum*: secunda verò pars, quæ de artificio edocto est, pertinet ad vtiles expensas, de quibus modò nihil agimus. Accursius ibi sensit difficultatem, & dupliciter soluit; neutra tamen solutio re vera difficultatem diluit, namque discrimen, & separationem inter necessarias impensas, quæ fiunt in cæteris rebus, atque in nutriendo infante, si quis cordatè & rectè cogitet, planè nullam inueniet: vterque enim expendit, & quidem necessariò; tamque necessaria impensa alimentorum est ad tuendam vitam, quàm parietis, tecti, pauimenti, triclinij, & cubiculi reparatio ad tuendas ædes, quod præterea quod re ipsa patet, probat mihi egregius textus, qui vtrumque coniungit, *in l. sed an vltrò, §. is autem, ff. de negotiis gestis*, ibi: *Non autem vtiliter negotia gerit, qui non necessariam rem, vel quæ oneratura est patremfamilias, aggreditur.* Iuxta hoc est quod Iulianus scribit, eum qui insulam fulsit, seruum ægrum curauit, habere negotiorum gestorum actionem. Hæc Vlpianus, qui aptè

aptè hæc duo genera expenſarum connectit, reparationem inſulæ, & ſerui ægrotantis medicamina, quæ inter alimenta veriſſimè referuntur, *l.verbo victus, ff.de verbor. ſignificat.* ac ambo eidem iuris diſpoſitioni ſine vllo diſcrimine ſubiecit, contra Accurſium. Secundò ſoluit Accurſius, vt aliud ſit conſtituendum in expenſis quæ abradi poſſunt; aliud in his, quæ abradi non poſſunt, contra rei interitum, *ex l.ſin autem, §.ſed ſi puerum meum, ff.de rei vend.* Hoc tamen, vt diximus ſuprà, in expenſis vtilibus particularem conſidera-
10 tionem habet, non verò in neceſſariis, in quibus *ex dict. l.domum*, intelligimus repeti poſſe; at verò *ex l.1. Cod. de infantibus expoſitis*, contrarium colligimus. De abraſione verò ſine læſione nihil modò diſputamus; in neceſſariis enim quæ abradi poſſint, vel omnino abradi non poſſint, illud inquirimus, an repeti poſſint, & conſeruentur, quemadmodum ex dicta lege *domum*, ita ex hac lege 1. in vtilibus autem & voluptatis expenſis illud maximum momentum eſt, an abradi poſſint, vel non, quia ſola abraſio in vtilibus & voluptatis expenſis locum habet præcipuum, & præterea nihil, *dict.leg. domum, dict. §.idem Labeo, dict. leg. vtiles, leg. in fundo, ff.de rei vendicat.* ibi: *Si tectorium putà induxerit, picturaſque corradere velit.* Ideoque hæc inueſtigatio pertinet ad ſecundam partem dictæ legis 1. vbi agitur de artificio edocto, in quo quæritur, cur ſaltem expenſæ in docendo puero non deducantur? In quo illud reſpondemus, ſcilicet quia illa expenſa vtilis eſt, à malæ fidei poſſeſſore facta, cui ſuccurritur abraſione; quæ abraſio cùm fieri nequeat in diſciplina edocta puero ſine pueri interitu, meritò talis vtilis impenſa amittitur, quod proximè dicendum eſt. Nunc verò contra Accurſium ſat ſit intelligere, diſtinctionem inter expenſas quæ abradi poſſunt, vel non abradi, perperam applicari poſſe noſtræ quæſtioni, in qua dubitamus cur malæ fidei poſſeſſor non repetat neceſſarias expenſas præſtitas infanti, *ex dict.leg. domum.*

Tertiò ſoluit gloſſa, vt quia in caſu dictæ legis 1. fur puerum furto abſtulerit, teneatur quanti res vnquam fuerit, idque propter naturam condictionis furtiuæ, quâ fur teneatur ad æſtimationem rei furto ſublatæ, quantùm res vnquam plurimi fuit, *leg. in re furtiua, ff. de condiction. furtiua*; vnde pocula pretioſæ cælaturæ, quæ fuerant mihi in argento rudi adhuc ſubrepta, quæ-
11 que fur ex argento mihi rudi ablato confecit, & egregiè cælauit, condici mihi quidem poſſunt; in ea autem furtiua condictione æſtimatio quoque cælaturæ continetur, hoc eſt impenſarum quæ fecerit fur, *l.ex argento ſubrepto, ff.de condict. furtiua, l.ſi quis vxori, §.ſi quis menſam, ff. de furt. l.penultima, ff. rerum amotar.* Vbi in actione rerum amotarum æſtimatio rei amotæ fit in ea, quæ vnquam plurimi fuit: & ita vxor amouens, ſicut fur contrectans, impenſas quoque amittit, cùm condictione furtiua teneatur ad æſtimationem rei, quæ vnquam plurimi fuerit, ex ſuprà adductis: ſed neque hic intellectus omninò difficultatem tollit; & quamuis proximè accedat ad veritatem, ſua
12 tamen difficultate laborat; namque condictionis furtiuæ vtilitas in eo conſiſtit, vt non redditâ re furtiuâ, æſtimatio eius fiat, quæ vnquam plurimi fuerit; quod quidem euenire non poteſt niſi peremptâ re furtiuâ, & cùm è medio ſublata eſt, cùm in dicta lege infans ipſe vendicetur, & reſtituatur; vnde ceſſat inueſtigatio illa furtiuæ condictionis, ac ſubinde ſemper rediuiua ſubnaſcitur dubitatio,

dubitatio, cur in restitutione illa & vendicatione infantis, impensæ necessariæ alimentorum non conseruentur; vnde intelligendum est *in dict. l. ex argento*, nec pocula ibi extitisse, postquam de æstimatione condictione agitur: ibidem *in dict. l. penultima*, res amotæ inuentæ nec sunt, nec oblatæ, idque patet *ex dict. l. in re furtiua*, ibi: *Et si quidem obtulit fur, sine dubio nulla erit condictio; sin non obtulit, durat condictio æstimationis eius; corpus enim ipsum præstari non posse constat.* Vnde meritò nihil consequitur nomine expensarum fur, quia neque extant impensæ quando condictione furtiuâ agitur; idque longè aliud est ab specie dictæ legis 1. vbi infans subreptus idem restituitur, & vendicatur cum impensis necessariis, scilicet adultus, & vegetatus alienis alimentis.

Doctissimus Dominus Franciscus Sarmiento, egregius Iureconsultorum 13 sectator, hodie meritissimus Episcopus Astoricensis, vt est præclaro ingenio, & vtiliter & liberaliter erudito, *Selectarum Interpretationum lib. 1. cap. 10. num. 5. versiculo Videamus ergo*, nouè, &, vt ingenuè fatear, acutissimè interpretatur dictam legem 1. vt scilicet melioratio, de qua ibi, non sit melioratio effecta à fure, sed à natura ipsa; nec sit opus alimentorum, quæ grandiorem efficere infantem & robustiorem vix possint, nisi adsit natura veluti artifex; quod ipse vno verbo ait: [Ego autem sic interpretor & extendo, ideo scilicet *in dict. l. 1.* non seruari furi expensas illas necessarias, quia scilicet conseruatio, & vegetatio infantis non ex alimentis dumtaxat dependeat; vis enim & potestas insita naturæ (facultatem vocant Medici) vegetandi, tacita quadam ratione membra protrahit, neruos dilatat, venas extendit, ossa profert, carnes nutrit, egregiique artificis instar, parua & tenera adhuc membra ad ingentis & robusti corporis magnitudinem & firmitatem paulatim deducit, quod quidem efficere vel fur, vel alimentum non possunt.] Itaque non secus ac artifex, qui statuam efficit, quamuis alius lignum ad statuam, instrumentaque ad artem necessaria præstiterit, effectæ statuæ pretium nanciscitur; ita naturæ quoque egregiæ artifici vegetationem & conseruationem infantis expositi deberi, condigna scilicet similitudine putat; non verò ei qui naturæ artifici alimenta subministrauit: quæ quidem alimenta sine naturæ ductu, & dispositione frustrà præstantur; natura enim excoquit, natura digerit, natura diuidit, & in omnes corporis partes æqua portione distribuit: vnde vegetatio euenit. Itaque quemadmodum eum submoueres, qui à te depictæ tabellæ 14 pretium & mercedem expectaret, ac id quidem ex eo solùm postularet, quod pingenti tibi colores præstitisset; ita eum submouendum existimat vir ingeniosus Dominus Franciscus, qui infantis vegetationem, & incrementum sibi tribuerit, ex eo solùm, quod alimenta dederit; opus enim illud non alimentum præstantis est, sed naturæ, quod expresè mihi probat Aristoteles *libro de spiritu*, his verbis: [Porrò de his tribus moribus ambigi rectè potest, an sint coæui; & si non sint, quis horum primus sit; & an sit rationabile pulsum respiratione priorem statui. Nam alitio, priusquam totum animal sit perfectum, est, & postquam perfectum est animal; attractio enim menstrui humoris, ad formationem fœtus, & partium delineatarum auctio, nutricis facultatis opus est, quemadmodum designatio partium ex semine, formatricis.] Hactenus Aristoteles, qui locus apertissimus est pro hac noua opinione, ex expositione *ad d. l. 1.*

Idemmet Aristot. *lib. 2. de partibus animantium, c.* 14. naturam authorem facit rei melioris quæ in homine reperitur, quo ad eius fieri possit. Rursum *de generatione animantium lib. 2. cap. 4. paulò antè finem,* ita ait: [Cæterarum partium vnaquæque ex alimento gignitur; nobilissima quæque & potissimi principij particeps ex concocto, sincerissimóque, & primo alimento; reliquæ necessariæ ac illarum gratiâ instituendæ, ex deteriore, & reliquis excrementis: perinde
15 enim natura, atque paterfamilias prudens, nihil amittere solet, ex quo fieri aliquid commodi possit. Dispensatur autem in cura rei familiaris, ita vt cibus optimus detur liberis, deterior seruis, vilissimus solis animalibus.] Hactenus Aristoteles, qui naturam in vetegando homine patremfamilias facit. Ex his autem videbis naturam digerere, alimentum facere, factum distribuere, ac id quidem prudenter, veluti patremfamilias prouidum & industrium. Hæc est interpretatio acuta, mehercule, & ingenio plena; sed mihi, cui non ea mentis acies est, ad quamtulamcumque enim splendoris aciem & speciem obcæcor, neque probatur, nec improbatur. Nam quod attinet ad Philosophiæ regulas, ipsemet Aristoteles incrementum viuentium animantium alimento tri-
16 buit, *lib. de Spiritu, in principio*, dicens sic alimentum his appositum, quæ animam habent, conseruat ipsa, & maiora reddit: rursus alimenta necessaria ad tuendam vitam esse. *Politicorum lib. 1. cap. 5.* ait: [Præterea ex alimentorum qualitate corpus quoque, decor, habitudo, & ingenium ipsum formatur; qualísque cibus est, talis est corporis habitudo. Vnde est Martialis Epigramma trigesimum *lib. 5. ad Gellium.*

Si quando leporem mitis mihi Gellia, dicis
Formosus septem Marte diebus eris:
Si non derides, si verum lux mea narras,
Edisti nunquam Gellia tu leporem.

Inde est apud Ælium Lampridium *in vita Alexandri Seueri Imperatoris*, qui Vlpianum pro tutore habuit, Epigramma illud:

Pulchrum quod vides esse nostrum Regem,
Quem Sirum sua detulit propago
Venatus facit, & lepus comessus
Ex quo continuum capit leporem.

Atque ipsemet Alexander, cùm ex amicis quidam hos versus obtulisset, idem Lampridius refert quod hæc carmina quoque rescripsit.

Pulchrum quod putas esse vestrum Regem
Vulgari miserande de fouella:
Si verum putas esse, non irascor.
Tantùm tu comedas velim lepusculos,
Vt fias, animi malis repulsis,
Pulcher, ne inuideas liuore mentis.

Cùm igitur alimenta præcipuam habeant nutriendi facultatem, alimentis tribuenda est alimentatio. Præterea nos nostras expensas quærimus, quæ in re meliore effecta reperiuntur. Nec dubitandum est impendisse eum necessariò, qui alimenta præstiterit, námque si hæc ipsa negasses, necasse videri potuisses, ex iuris nostris dispositione, instar eius qui prædia vrbana vel rustica ne-

gligen

gligentiâ suâ peiora effecit; quantò peiora facta sunt, æstimatione facta damnatur, *d.l.ei qui*, §. *fin.ff. de petit. hæred.l.quod si nolit*, §. *si mancipium*, *versic. culpam*, *l.cùm autem*, *versic. redhibetur*, *ff. de ædilit. edicto.* vbi glossa, & Albericus. Tiraq. *de retract. lignagier*, *in fin.num.*60. *& num.*10. Cagnolus *in l.*2. *C. de pact. inter empt. & vendit.q.*84. *num.* 239. Pin. *in l.*2. *C. de rescind. vend. part.*2.*c.*3.*num.*34. Ludouicus Molina *in tract.de Hispan. primog. lib.*1.*c.*27.*n.*1. post Greg. Lopez *in l.*7.*tit.*9.*part.*6. & Pet. Peralt. *in l.*3.§. *qui fideicom. n.* 43. *&* 44. *ff.de hæred. instit.* de quo nobis agendum est: adde quod in iure æquiparatur reparatio domus & alimentatio serui, *d.l. sed an vltrò*, *versic. non autem negotia*, §.1.*ff. de negotiis gestis.* Nec tam subtilem & philosophicam inuestigationem forensis vsus recipere solet, pessiméque alimenta præstita repetenti obiicies de natura tam longam, tam difficilem, támque subtilem disputationem: planiùs forenses causæ agendæ sunt, quamuis subtilissimè indagari debeant.

Aliter aliud agens soluit doctissimus Couarr. *in regula peccatum*, 2. *part.*§.6. 17
*num.*3. vbi ferè tenet tertiam solutionem, de qua agimus, cum glossa *in d.l.*1. & *in d.l. domum*, scilicet dictam legem 1. habere locum in fure, in quo diuersa ratio est ac in aliis malæ fidei possessoribus; additque rationem, scilicet quod in pœnam delicti priuentur impensis necessariò factis, idque efficere iniuriosam rei alienæ occupationem; in aliis autem malæ fidei possessoribus, in quibus non reperitur violenta illa & iniuriosa contrectatio rei alienæ, conseruari impensas necessarias, quia etiamsi mala fides reperiatur, abest tamen violenta inuasio. Quæ solutio præter glossam prædictam est Baldi *in d. l.* 1. & sequitur præter eum Gregorius Lopez *in l.*44. *tit.*18.*part.*3. & adiuuatur ex eo quod adduximus *ad l. si seruus seruum*, §. *si oliuam*, *ff. ad leg. Aquil.c.*1. suprà, *num.* 13. & *ad d. l. si seruus seruum*, sensit & tenuit hanc distinctionem idem Dominus Franciscus Sarmiento *d.l.*1. *cap.*10. *num.* 15. vbi in fine testatur quod necessariæ expensæ seruantur prædoni; & adducit dictam legem *planè*, *ff. de petit. hæred.* & est solutio tolerabilis & iuri consona; mala enim fides prædatoris & furis longè alios effectus habet in iure, quàm eius malæ fidei possessoris, qui vel à fure causam habet, *l. etiamsi putauit*, §. *sed si quis sciens*, *ff. de petit. hæred. Sed si quis sciens*, inquit Vlpianus, *alienam emerit hæreditatem, quasi pro possessore possidet*, *& sic peti ab eo hæreditatem quidam putant*: *quam sententiam non puto veram*; *nemo enim prædo est*, *qui pretium numerauit. Sed vt emptor hæreditatis vtili tenetur.* Vides igitur hîc apertam differentiam, námque hic, etiamsi malæ fidei possessor sit, quia sciens hæreditatem alienam emerit; tamen hæc mala fides, quia tandem emit, multùm differt à mala fide authoris, vel ab ea quam ipsemet haberet si non emisset, & causam ab alio haberet; est tamen vtraque mala fides, ideò contra hunc emptorem malæ fidei non conceditur petitio hæreditatis, & contra authorem proculdubio concederetur, ex regula textus *in l.regulariter*, *ff. de petit. hæred.* in quo singularis est traditio Baldi *in l.mala fide*, *C.de condictione ex lege*, vbi triplicem constituit malæ fidei possessorem, improbum, qui à non domino scienter emit; improbiorem, qui à fure, quem furem nouit; improbissimum, ipsum furem constituit; mala enim fides, quæ in his reperitur, circa iuris effectus variè operatur, vt patet *ex d.* §. *sed si quis sciens*: non enim negamus non esse malæ fidei prædatorem: sed

 illud

illud fatemur, abundare in eo malam fidem, propter inuasionem violentam & iniuriosam, dolum & rapinam. Ex quo facilis est responsio ad ea quæ adduxit ipsemet Dominus Franciscus, vt nulla differentia sit inter furem prædonem, & reliquos malæ fidei possessores; fatemur enim omnes esse in mala fide: cæterùm contendimus, eam malam fidem potentiorem esse, & latiùs abundare in prædone quàm in reliquis possessoribus; idque patet *ex d. §. sed si quis sciens*, vnde propter hanc abundantiam malæ fidei, iuris effectus latiùs vel strictiùs impartimur. Vnde non mirum, quod in fure expensæ necessariæ non conseruentur, *ex d.l.*1. in reliquis verò possessoribus malæ fidei conseruentur, quia non est inuasio, nec violenta occupatio; & ita Iureconsulti si rectè inspiciantur, ex abundantia malæ fidei, quam variè inspiciunt, secundùm varias causarum circumstantias, hos, vel illos malæ fidei effectus concedunt vel negant, nihil in hoc soliciti de nominis etymo, & propria significatione. Cùm enim prædo à præda dicatur, vt notatur *in l. ab his, C. de nauiculariis, l.*11. *in principio*, & *in l. nec casu, C. de discussoribus, lib.* 10. vbi legislator veram significationem huius nominis *præda*, non est assecutus; ea autem est, quam tradidit Gellius *noctium Atticarum lib.* 13. *cap.* 24. ex Cicerone in oratione quam dixit *de lege Agraria*; vt nomine prædæ intelligamus corpora ipsa quæ capta sunt in prælio; & nomine manubriarum pecunia redacta ex præda; vnde prædo est is, qui in bello aliquid cepit: inde trahitur ad quemcumque inuasorem, postremò ad simplicem malæ fidei possessorem; & ita promiscuè Iureconsulti vtuntur: quod probo manifestissimo argumento, repetito eo quod adducimus *proximo cap. num.* 13. scilicet quod fur & violentus prædo propter delictum amittat expensas factas in colligendis fructibus; quod probauimus *ex l. si seruus seruum, §. si oliuam, ff. ad leg. Aquil.* Ibi enim fructus ipsi furto subrepti à prædone vendicantur, & ratio nulla habetur de expensis; qui fructus licèt ibi vendicentur, vt corpus, scilicet vas aureum, vel argenteum subreptum vendicaretur; adhuc tamen nisi ibi intercessisset iniuriosa illa occupatio expensæ recuperarentur; cùm enim Iureconsultus ibi expensarum factam esse donationem asseueret, meritò colligendum est deducendas alias fore, nisi furti qualitas & inuasionis obstaret, alias frustra & otiosè facta esset mentio de expensis à Iureconsulto *in d. §. si oliuam.* Igitur ibi non deducuntur, quia factæ fuerunt à fure inuadente & delictum committente: quod si hoc nomen *prædo*; propriè acciperetur, pugnaret ex diametro cum dicto § *si oliuam*, textus *in l. si à patre, §. fin. ff. de petit. hæred.* vbi Paulus Iureconsultus prædoni concedit expensas, quas furi negat *in d. §. si oliuam.* Vlpianus. Igitur verbum illud *prædo*, variè accipitur à Iureconsultis, aliquando pro simplici malæ fide possessore, vt *in d. §. fin. d. l. si à patre*, vbi Paulus: *Fructus*, inquit, *intelliguntur deductis impensis quæ quærendorum, conseruandorúmque eorum gratiâ fiunt: quod non solùm in bonæ fidei possessoribus naturalis ratio postulat, verùm etiam in prædonibus, sicut Sabino quoque placuit.* Coacta igitur ratione intelligendum est, prædonem hîc esse malæ fidei quemlibet possessorem, non furem, qui expensas illas non deducit, *ex d. §. si oliuam*, ex quo ita intelligendum est *in l. sed & lege, §. scire, ff. de petit. hæred.* verbum *prædonem*, ibi: *Et non puto eum prædonem, qui dolo caret, quamuis in iure errauerit*; accipiendum esse pro possessore malæ fidei, & non pro violento inuasore,

fore,& fure doloso. Et ita intelligunt ibi Bart. & alij, Abb. & reliqui *in cap. ad nostram, de rebus Eccles. non alien.* Imola *in cap. si quis presbyterorum, eod. n. 1.* Iason *in l. 1. §. si vir vxori, ff. de acq. possess.* & *in l. 3. §. ex contrario, eod. n. 37.* Couarr. *lib. 1. variar. resol. cap. 3. n. 8.* Quem receptum intellectum defendimus inferiùs contra Pinellum *in l. 2. part. 2. cap. 4. num. 35.* qui textum illum intelligit in prædone, qui verè prædo sit, & fur, ex nominis etymo, cùm variè accipiatur à Iureconsultis. Ita quoque intelligendum est *in l. planè, ff. de petit. hæredit.* ibi: *Prædo autem de se queri debet, qui sciens in rem alienam impendit*; vt verbum illud, *prædo*, pro malæ fidei possessore simpliciter accipiatur, non pro fure, & violento raptore, qui furando delinquit, aliàs non subiungeret Paulus Iureconsultus, ibi: *Sed benignius est in huius quoque persona haberi rationem impensarum.* Nam si de fure criminoso intelligas, quæ benignitas intercedere potest, vt de impensis ratio habeatur? contra dictum §. *si oliuam.* Idem dicendum est *ad l. vtiles, ff. eod.* vt verba ibi: *Nam prædoni probè dicetur, non debuisse in alienam rem superuacuas impensas facere*, accipienda sint, vt tamen potestas ei fiat tollendorum eorum quæ sine detrimento ipsius rei tolli possunt; postquam enim abrasio conceditur, facilè est intelligere prædonem eum, de quo ibi, multùm distare à fure, cui nec abrasio conceditur, ex generali decisione textus *in d. §. si oliuam:* postquam enim impensas donat, nihil habet quod abradat. Rursum intelligendum est prædonem magis apud Iureconsultos significare interdum, quàm malæ fidei possessorem, vt *in d. l. etiamsi putauit, §. si quis sciens*, vbi verè emptor, qui sciens alienam esse rem, emit, malæ fidei est emptor: cæterùm quia emit, excusatur à nomine prædonis: ita *l. nemo prædo, ff. de regul. iur.* vbi Decius, cui hæc addenda sunt rursum, *in l. pro hærede, § fin. ff. de petit. hæredit.* verbum, *prædo*, ibi, *pro possessore vero possidet prædo*, in vero prædone esse intelligendum: quod ne dubium videri posset ex varia acceptione vocis, proximè idemmet Iureconsultus Vlpianus explicat *in l. nec vllam, ff. eod.* ibi: *Et ideò fur & raptor petitione hæreditatis tenentur.* Ex quibus patet manifestissimè prædonis verbum à Iureconsultis variè accipi, longeque aliquando differre à malæ fidei possessore, aliquando verò idem esse. Vnde meritò glossa *in d. l. 1. C. de infantibus exposit.* & Bald. & Gregor. & Couarr. intelligunt dictam legem 1. in fure, contra quos nihil faciunt quæ adducit Dominus Franciscus Sarmiento vbi suprà *num. 3.* quia illa iura planè sunt accipienda iuxta ea quæ diximus, aliàs si accipiantur ubique propriè, neque id efficient, quod expectatur, cùm pugnent mutuo, sine pace: præterea quod propriè prædo non est fur, vt diximus; sed verbum translatum est à prælio, ob idque variè accipitur: quod sensit Cicero *de Oratore perfecto lib. 3.* vbi de verbis translatis agit, cuius verba ad hoc sunt *mihi fol. 197. tom. 1.* *Translata*, inquit ille, *verba primum propter necessitatem accepta sunt, inde verò propter delectationem repetita, quæ à proprio verbo differunt.*

Aliter adhuc responderi poterit, impensas has necessariò effectas non conseruari furi huic, siue fur sit, siue tantùm malæ fidei possessor, *in d. l. 1. C. de infantibus expositis*, quia scilicet denuò fuerunt factæ in re aliena, hoc est infante recèns nato, expositóque: quo casu qui de nouo in alieno solo ædificat, mala fide, & scienter, atque ex propria materia donasse ædificium intelligi- 18

tur, *l. adeò*, *§. ex diverso*, *ff. de acquir. rerum dom.* qui textus vt probet nostram conclusionem, repetendus est, *à §. cùm in suo solo*, *d. l. adeò*: vbi verba Caij hæc sunt: *Cum in alieno solo aliquis ex aliena materia ædificauerit, ipse dominus intelligitur esse ædificij, quia omne quod inædificatur, solo cedit; nec tamen ideo qui dominus materiæ fuerit, desiit dominus eius esse, sed tantisper nec vendicare eam potest, nec ad exhibendum de ea re agere, propter legem 12. Tabularum, quâ cauetur, ne quis tignum alienis in ædibus suis iniunctum eximere cogatur, sed duplum pro eo præstet; tigni autem appellatione omnis materia significatur, ex qua ædificia sunt. Ergo si ex aliqua causa dirutum sit ædificium, poterit materiæ dominus tunc eam vendicare, & ad exhibendum agere; immò, vt ipse ait, vsu capto à bonæ fidei possessore ædificio, si posteà diruatur, habet tamen materiæ dominus vendicationem, quia singulæ istæ res non vsu capiuntur cum toto ædificio.* Hactenus Caius. Alienam materiam additam in alieno solo semper reseruat pristino & antiquo domino, nec vnquam præscribitur cum ædificio, vel vsucapitur. Addit autem postea: *Ex diuerso si quis in alieno solo suâ materiâ ædificauerit, illius fit ædificium, cuius & solum est; & si scit alienum solum esse, sua voluntate amisisse proprietatem materiæ intelligitur; itaque nec diruto quidem ædificio vendicatio eius materiæ competit.* Hæc Caius, ex quo responso semper aliena materia iniuncta solo alieno, vel proprio, manet antiquo domino: at verò si propriam addiderit sciens prudénsque, magis est vt intelligamus donare voluisse. Hæc perpetuò ad hanc materiam notanda sunt, plurimùm enim refert, alienam materiam vel propriam addas. Propria enim addita solo alieno & scienter, donationem inducit: & mirè quadrat Caius cum decisione textus *in l. 2. C. de rei vendicatione*, si quis cum Accursio rectè animaduertat, qualiter Caius Iureconsultus inducit animum donandi, *in d. §. ex diuerso*, scilicet cùm quis mala fide, id est sciens solum esse alienum, in alieno solo ex materia sua ædificat, vt contrarium intelligendum sit, vbi quis licèt mala fide in alieno solo ædificat, si ædificet ex aliena materia; neque enim induci potest donatio, cùm repugnet iuris regula *ex d. §. cùm in suo.* Ex qua dominium alienæ materiæ semper reseruatur antiquo domino: quam legem 2. latiùs retento hoc sensu cum Caio & Accursio interpretamur contra aliquos qui nescio quas antinomias suscitant, reiecto sæpe vero sensu, ne dicam ignoto sæpe vero & recepto sensu. Quod attinet ad legem 1. *Cod. de infantibus expositis*, sat sit intellexisse, hanc procedere in eo, qui instar eius qui de nouo in alieno ex sua materia ædificat, materiam donasse videtur, vt alimenta amittat quoque qui infantem recèns natum cœperit de suo alere, præsertim ipsum infantem subripiendo adhuc tenerum & paruulum, donasse intelligendus est, atque ex voluntate alimenta amisisse est censendus. Quam quidem solutionem propter teneram ætatem subrepti infantis facilè quis probabit, admissa similitudine ædificij erecti in alieno solo de nouo mala fide; hancque vno verbo quoque verè & cum iudicio attingit doctissimus Couarr. *d. §. 6. num. 3. in regula peccatum, part. 2.* ait enim & optimè, vt solet omnia, quoniam regula iuris est vt malæ fidei possessor conseruet necessarias impensas, *ex d. l. domum*; atque hæc necessaria expensa *in d. l. 1.* furi denegatur, rationem diuersitatis quærendam & expectandam, vel ex præsumpta malæ fidei possessoris volun

voluntate, qua donare voluiſſe videtur, iuxta iura ſupradicta; vel quærendam eſſe à legali pœna ob contrectationem iniurioſam rei alienæ: paucioribus verbis nihil potuit dici elegantius, ídque ſenſit Accurſius, Bart. & reliqui *in d. l. domum.* Atque idem *in d.l. ex argento, ff. de condict. furtiua.* Reſtat igitur Accurſij duplex ſolutio vera, atque nulla in re pugnare legem *domum*, & dictam legem 1.

Ex quibus fur, qui verè fur ſit, nec neceſſarias impenſas deducit, *ex d. l.* 1. quas aliàs deducit malæ fidei poſſeſſor, *ex d. l. domum*, ſecundùm Paulum & Iſern. *in l. fin. §. fin. C. communia de legat.* Cinus & Salicet. *in dict. l. domum*, Faber, Platea & Angelus *in §. certè, Institut. de rerum diuiſione*, Boërius *deciſ.*44. *num.*7. Pinellus, *in l.* 2. *part.*2. *cap.*3. *num.* 1. *ad fin.* ac ne eas quidem quas expendit in colligendis & conſeruandis fructibus, *ex d. l. ſi ſeruus ſeruum, §. ſi oliuam, ff. ad leg. Acquil.* quas Iureconſultus dicebat omnino deducendas *in d. l. fundus qui, ff. famil. erciſc.* & tenebat Bald. *in l. ſi quis, C. de rei vendic.* Paulus *in l. diuortio, §. fin. num.* 4. *ff. ſolut. matrim.* & ibi Aretin. quoque, Ioan. Andreas *in c. conqueſtus, de vſuris*, Boërius *deciſ.*44. *num.*24. Carolus Molin. *in conſuetudinibus part.*1. §.1. *gloſ.*5. *num.*76. qui Angelum refert; Pinellus *d. cap.*3. *num.*4. atque hæc pertinent ad malæ fidei poſſeſſorem neceſſariò expendentem.

CAPVT III.

De expenſis quæ contingunt reſpectu alimentorum; & de alimentis quatenus ad expenſas pertinent.

Notabilia ex cap. tertio.

1 *Parentes iure naturæ alere tenentur filios ſuos & educare.*
2 *Iure ciuili id quoque ſtatutum eſt.*
3 *Natura quare educationem poſt creationem inuenit.*
4 *Homo omnium animantium miſerrimè naſcitur.*
5 *Infirmitatem hominis naſcentis fortiorem eſſe fortitudinem reliquorum animantium.*
6 *Amor erga filios educationis cauſa.*
7 *Legitima portio quoad alimenta, & in genere diminui poteſt, tolli non poteſt.*
8 *Filij ſpurij, naturales, & legitimi alendi ſunt.*
9 *Declaratio ad legem decimam Tauri.*
10 *Alimenta an debeantur iure naturæ, an verò inſtinctu naturæ?* & numero 11. 12. & 13.
14 *Iſidorus & Vlpianus variè ius naturale exponunt.*
15 *Ius gentium quid ſit.*
16 *Explicatur* §. ius autem ciuile, Inſtitut. lib.1. de iure natur. gent. & ciuil.

1 HÆc autem alimenta, de quibus proximo capite egimus (vt iam inde ab huiusmodi expensis ordiamur, secuti naturæ rationem) non semper deducuntur, quia præstantur ab his sæpe qui alere tenentur naturâ, lege, vel consuetudine; & in primis parentes liberos alere & educare oportet, idque iure naturæ nobis cum cæteris animantibus communi, *l.*1.*§.ius naturale, ff.de iustit.& iur. c.ius naturale*, 1. *dist.* ita

ita enim perſpicimus bruta ipſa animantia rationis expertia naturæ gubernatricis ſuaui quodam motu pullos, catuloſque ſuos anxiè, ſolicitè, opipareque paſcere, & indefeſsè in eo elaborare, vt vegetatis artubus coaleſcant: quod ab his principij & naturæ ſeminariis ius ciuile accepit, variiſque legibus latis confirmauit, *l. ſi quis à liberis, ff. de liberis agnoſcendis*, ibi: *Denique Diuus* 2
Pius reſcripſit ad Titianum, competentes iudices aliter à patre tuo pro modo facultatum eius iubebunt: & *in §. ſi vel parens, verſic. ſi quis ex his alere detrectet*, dicitur quod pro modo facultatum alimenta & conſtituentur. Quæ ſi non præſtet, pignoribus captis & diſtractis cogetur ſententiæ ſatisfacere: *l. fin. Cod. de alend. liberis*, quæ iura repetitâ lege naturæ & paternâ pietate, ciuiles vires adiungunt, vt quod natura præcipit, cogente quoque ciuili iure adimpleamus, ibi: *Quòd ſi ſponte non fecerit, aditus competens iudex alimenta pro modo facultatum præſtari tibi iubebit.* Cùm enim regulariter alimenta hæc officio iudicis petantur, & præſtentur, vt ex prædictis iuribus tenet Bartol. poſt gloſ. *in d. l. ſi quis à liberis*, gloſ. Abb. & reliqui *in cap. cùm haberet, de eo qui duxit in matrimon. quam polluit per adult. l. 1. tit. 19. part. 4.* ſi parens renuat alimenta neceſſaria præſtare; ſæpe enim huiuſmodi parentes odio filios ſuos alimenta petentes proſequuntur, ac ſæpe conuicti, malunt bona ſua capi, nonnunquam aliis creditoribus conſultò addicta, vt filij difficultate percipiendi alimenta compulſi, modico aut nihilo ſint contenti, & rediuiuas lites effugiant, quibus miſerè eſurientes interim cruciantur, & deſperatis alimentis vniuerſam cauſam alimenti præſtandi omittunt; ſolet Senatus noſter præuia aliqua cauſæ cognitione, eáque ſummaria, ex qua conſtet de malignitate parentum, prædium aut fundum parentis aſſignare filio alendo, vnde ipſe ſua manu capiat alimenta; coguntúrque coloni & inquilini filio præſtare, quæ erant pro fundo aut prædio aliàs patri præſtaturi. Bald. *in l. defuncto, C. ſi in fraud. patron. num. 3. verſic. ſed pone.* Bart. & Ioan. de Imol. *in l. ſi conſtante, ff. ſolut. matrim. num. 62.* & ibi Iaſ. *num.* 198. Rom. *in l. 2. §. quod ſi in patris, ff. ſolut. matrim.* idem Bald. in *l. non poteſt, ff. de adoptionib.* idem Rom. & Paulus de Caſtro *in l. Imperator, ff. ad Trebel. num.* 13. Alexand. ibi, latè ibidem Segura *numer.* 118. alios allegat Lud. Molin. *lib. 2. de primog. Hiſpanor. cap.* 15. *num.* 72.

Natura namque parens, vt humanum genus propagaret, ne ipſum ſua imbecillitate deficeret, procreatione adinuenta, proximum fuit vt educationem 3
inſtitueret: nec enim homo conſeruari potuiſſet mortalis, fragilis, debilis, cæli, ſolique iniuriis expoſitus, niſi poſt procreationem, noſtris animis educationem prolis tacita quadam lege indidiſſet; quibus duobus præſidiis humanum genus conſeruatur, ſicuti animantium genus omne. Cùm enim miſerrimè omnium quæ naſcuntur, naſcatur homo, alienâ eget ope, alieno præſi- 4
dio, vt viuat. [Vt enim (inquit Plinius *lib. 7. Hiſtoriæ naturalis, in proœmio*) ante omnia vnum animantium cunctorum alienis natura velat opibus, cæteris variè tegumenta tribuit, teſtas, cortices, coria, ſpinas, villos, ſetas, pillos, plumam, pennas, ſquammas, vellera: truncos atque etiam arbores cortice interdum gemino à frigoribus & calore tutata eſt; hominem tantùm nudum, & in nuda humo natali die abiicit, ad vagitus ſtatim, & ploratum;

nullumque tot animalium aliud ad lachrymas, & has protinus in vitæ principio; at hercule risus præcox ille & celerrimus ante quadragesimum diem nulli datur: ab hoc lucis rudimento, interque hos gemitus vincula excipiunt & omnium membrorum nexus; itaque feliciter natus iacet, manibus pedibusque deuinctis, flens, animal cæteris imperaturum, & à suppliciis vitam auspicatur, vnam tantùm ob culpam, quia natum est. Heu dementiam ab his initiis existimantium ad superbiam se genitos! prima roboris spes, primumque temporis munus, quadrupedi similem facit, quando homini incessus, quando vox, quando firmum cibis os, quamdiu palpitans vertex? summæ inter cuncta animalia imbecillitatis indicium: iam morbi, totque medicinæ contra mala excogitatæ, & hæ quoque subinde nouitatibus victæ. Cætera sentire naturam suam, alia pernicitatem vsurpare, alia præpetes volatus, alia vires, alia nare, hominem scire nihil, sine doctrina non fari, non ingredi, non vesci, breuiterque non aliud naturæ sponte quàm flere.] Hactenus Plinius; quæ pertinent ad miserrimam illam conditionem, quâ mortales nascimur, quæ ille accepit ab Aristotele *de generatione animalium lib.5.cap.1. ad medium*, ibi: *Imperfectissimi enim omnium perfectorum partuum nascuntur.* Et meliùs *problemat. sectione* 10. *problemat.* 45. ibi: *Indicium verò cætera perfecta, hominem imperfectum prodire, est quod illa statim inde ab ortu naturæ viuere suâ operâ queunt, pueri curam desiderant, nec seruari nisi alieno beneficio possunt.* A quibus lex 7. *titul.*1. *part.* 2. hoc ipsum accepit, ibi: *E vna de las razones porque monstraron que conuino que fuesse Rey, es esta, que todas las cosas que son viuas traen consigo naturalmente todo lo que han menester, que no conuiene que otro gelo acarrée de otra parte, ca si son devestis, ellas son vestidas de suyo, las vnas de pendolas, las otras de cabellos, è otras de cueros, è las otras de escamas, è de conchas cada vna dellas segun su natura, porque no han menester que texan para fazer vestidos. Otrosi, para defenderse, las vnas traen picos, è las otras dientes, è las otras vnans, è las otras cuernos, ò aguijones, ò espinas, porque no les conuiene debuscar, atras ormas conque se defiendan. Otrosi, lo que comen y beben, cada vna lo falla, segun que le es menester, de guisa que non ha debuscar quien gelo adoue, ni cosa conque le sepa bien, ni lo han de comprar, ni yr à labrar por ello: mas el home de toto esto non ha nada para si, a menos de ayude muchos que le busquen, è le allegen aquellas cosas que le conuienen.* Hæc nostra lex, vt obiter aduertas, quàm varia sapientia sint refertæ leges Partitarum. Hæc hominis infirmitas, hæc indigentia, hæc misera conditio naturam impulit, vt suo iure parentes ad educationem compelleret. Aristoteles autem ingeniosiùs, & altiùs, *de partibus animantium & earum causis lib.4. cap.* 10. *ad medium*, ex hac huma-
5 na infirmitate perfectionem hominis commendat; ait enim non rectè eos sentire qui hominem non bene, sed deterrimè omnium animalium constare aiunt. Rationes quas ipse connectit, ad nostrum institutum non pertinent, poteris per te legere; eleganter enim ille hanc ipsam imbecillitatem, maximam fortitudinem esse comprobat: in eodem argumento versatur Seneca *de beneficiis lib.4.cap.* 18. nobis autem qui in iure versamur, non licet Academicos excessus sectari, sed planiùs ac vtiliùs veram & vtilem Philosophiam profiteri, ne ipsa disputatio suâ ipsius acutie euanescat. Illud igitur naturam mouit, vt post creationem

creationem educationem instituerer, ne humana proles alieno auxilio, quo maximè eget, destituta periret, idque vt efficacius fieret, amorem indidit, quo animantium genus omnes fœtus suos prosequitur; vnde fit vt is ipse amor, quo nos ipsos tuemur, liberos quoque nostros tueatur; eorum namque conseruatione conseruamur, & eorum propagatione propagamur. Attigit lex 1. 6
tit.19.part.4. ibi: *Esta criança ha muy gran fuerça, è señaladamente la que faze el padre à su fijo; ca como quier que le ama naturalmente, porque le engendro, mucho mas le cresce el amor por razon de la criança que faze en el.* Nota amorem ex procreatione ortum, crescere ex educatione filiorum erga ipsos filios, *l.1.eod.tit. & part.* vbi quod natura, amor, & iura cogant parentes alimenta præstare filiis: quod quidem ex Cicerone accepit lex nostra Hispana, *lib.3. de finibus bonor. & malor. Sic apparet* (inquit Cicero) *à natura ipsa, vt eos, quos genuerimus, amemus impelli.* Quod autem ait lex, iura id præcipere, intelligit naturalia, quæ lex ciuilis accepit, ipsaque lex nostra id præcipit ibi: *E si alguno contra esto fiziere el iuzgador de aquel logar, lo deue apremiar, prendandolo, o de otra guisa, de manera que lo cumpla assi como sobredicho es.* Igitur omnia hæc iura id efficiunt, vt cogente & imperante natura parentes liberos suos educare teneantur, idque pro modo facultatum; idque tenent aliud agendo Gregorius Lopez *in l. 8. titul. 13. part.6. in glos. verb. menester.* D. Didacus de Couarr. *de sponsal.3.part. cap.8.§.6. num. 8.* Palacios Rub. *in rub. de donationib. inter vir. & vxor. §. 24. num. 17.* Rodericus Suarez *in l.1. tit.6.libr.3.fori leg.* Molin. *de Hispanor. Primog.libr.2.cap.15.num.52.* qui omnes maximi & clarissimi nominis viri id tenent, scilicet ius alendi ex iure naturali descendere, imperante id natura, quæ nulla lege ciuili abrogari potest. Eandem opinionem re ipsa tenent qui asseuerant legitimam portionem, quamuis 7
quoad quotam legitimæ, vel quantitatem, de iure ciuili sit & positiuo; tamen quoad legitimam in genere, & quoad alimenta, pro quibus illa est, ex iure naturali procedere; quoniam natura cogit nos nostram prolem nostro modo alere, vt faciunt pecudes & cætera animantia, quæ fœtus suos suo quoque modo pascunt, & nutriunt: quam opinionem tenet Suarez noster *in l.quoniam in prioribus, C. de inof. testam. lib.2. num. 1.* D. Didacus de Couarr. vbi suprà, *num.4. & 5.* Gregorius Lopez *in l.32. tit.9. part.6.* Antonius Gomez *in l. 40. Tauri, num. 57.* Ludouicus Molin. *lib.2.cap.1.num.4.* qui alios plures allegat. Additio ad Capel. Tolosan. *decis.337.* Ioann. de Garon. *in rub. de secund.nupt.2. part.num.20.* vnde iura ciuilia diminuere quidem, vel extendere possunt legitimam portionem, omninò autem tollere non possunt, quia iura naturalia, quibus prolem alere tenemur, destruere non possumus, etiamsi velimus. Ex 8
quo filios nostros, quos genuimus, naturâ quidem alere tenemur, quod latè probant etiam quoad spurios, incestuosos, & naturales, legum Taurinarum Interpretes *in l. 9.& 10.* D.Didacus de Couarr. vbi suprà, *num.6.in cap. Quamuis pactum, de pactis lib.6.part.2.§.6. num.7.* quod in Hispania ita accipiendum est, si modò quintam partem bonorum non excedant huiusmodi alimenta, *l. 10. Tauri*, de qua proximè agemus: istud tamen intellige cum Roderico Suarez *in l. quoniam in prioribus, C. de inoff. testament. limitat. 12. ad leg.fori, numer. 1. & 2.* & *in l.1. titul. 6. lib. 3. fori leg. vers. viso qui*

9 *dicantur filij spurij*: Tello Fernandez *in l.10. Tauri, num 4.* Ludouicus Molin. *lib. 2. de Hispan. Primog. cap. 15. num. 51.* dum pater filios duos, tres, vel quatuor legitimos habeat; tunc enim quintam partem bonorum nomine alimentorum relinquere potest spurio, vel naturali; si verò quinque filios, sex, septemve, aut eo ampliùs habeat, tunc quidem spurio non quintam partem relinquit, quia iam plus acciperet spurius, quàm legitimus; sed tantùm quantùm filius percipiat, qui minùs ex fratribus de bonis patris percepit: quod est vtilissimum, & rationi conuenientissimum.

10 Sed non desunt, qui ingeniosiùs existiment, hæc ipsa alimenta, quæ respectu legitimorum filiorum vocamus portionem legitimam, respectu verò spurij solo nomine alimentorum significamus, nulla lege naturali deberi; sed quodam duntaxat instinctu, & motu naturæ volunt hi rapi nos suaui naturæ impulsu, & benigno quodam motu, sicuti reliqua omnia animantia, ad eam curam, & solicitudinem, vt liberos nostros educemus, & alamus, quod faciunt feræ: cæterùm compelli iure aliquo naturæ vix posse, cùm sint plura animantia quæ prolem relinquant suam, ob idque nullam esse naturæ necessitatem, quâ compellamur legitimam omnino in genere, vel alimenta filiis relinquere, sed totas vires accessisse alimentis ex iure ciuili: quam opinionem tenent Alex. *in l. quod de bonis, ff. ad leg. Falc. §. final. num. 3.* Alciat. qui plures refert, *regul. 1. præsumpt. 8.* Ludouicus Molin. qui alios refert, *lib. 2. cap. 1. num. 15.* Tellus *in l. 10. Tauri*, qui obnixè id tuetur, vt necessitas alendi proueniat ex iure ciuili, non ex naturali aliquo iure, quamuis instinctu naturæ ad id rapiamur: quas opiniones inuicem pugnantes putant plures egregiè se diluere, ita distinguendo, quod legitima portio, quatenus ad alimenta necessaria est, sit de iure naturali, & ita procedat prior opinio; sed quatenus ad alimenta necessaria non est, sit de iure ciuili: quam conciliationem tenent additio ad Decium *in l. iura sanguinis, ff. de reg. iur.* additio ad Alciatum *dict. reg. & præsumpt. num. 6.* & placet Ludouico Molin. vbi suprà *num. 16.* qui alios allegat. Verè tamen hæc concordia non diluit pugnam dissidentium authorum: nam prior opinio id agit, vt nec ipsa necessitas alendi, quatenus respicit alimenta in genere, insit aliquo iure naturæ, sed instinctu quodam, quo libentes & volentes ducimur; repugnantes autem trahi nequeamus. Mouentur illi & authoritate & ratione.

11

12 Adducunt caput *ius naturale, 1. distinct.* vbi ius naturale est commune omnium nationum: & addit Isidorus, eo quòd vbique instinctu naturæ, non constitutione habetur aliqua. Nota verbum *instinctu naturæ.* Nostri autem expendunt verba legis *2. tit. 1. part. 1.* *Ius naturale, en Latin, tanto quiere dezir en Romance, como derecho natural que han en si los homes naturalmente, y aun las otras alimañas que han sentido: ca segun el mouimiento deste derecho, el masculo se ayunta con la sembra, a que nos llamamos casamiento.* Distingunt igitur ij inter hunc instinctum & motum naturæ, & ius illud naturæ, ad quod ducimur & trahimur eo instinctu & motu. Hæc duo loca pertinent ad authoritatem: ratione ita agunt, quia si alimenta deberentur (intelligo in genere, vt legitimam portionem comprehendam) naturaliter, cùm naturalia perpetua sint, tolli non possent: at videmus alimenta sæpe à iure ciuili sublata omnino,

no, & portionem legitimam ſæpe adimi in totum; quî ergo fieri poteſt, vt iure naturali hæc ipſa debeantur? Collectionem probant, quia alimenta non debentur ſi filius commodè habeat vnde ſe alat, *l. ſi quis à liberis*, §. *ſed ſi filius*, *ff. de lib. agnoſc.* Et filius ex quibus cauſis exhæredatur, de quibus *in auth. vt cùm, de appell. cognoſc.* §. *aliud quoque capitulum*, ex eiſdem alimenta amittit. Bart. *in dict. l. ſi quis à liberis*, §. *ſi quis ex his*, *ff. de lib. agnoſc.* & *in l. Diuus*, *ff. de parricidiis*, & *in l. ſi patrem*, *Cod. de alend. lib.* Et videmus omnino & in totum adimi alimenta *in authentica ex complexu, Cod. de inceſt. nupt.* & noſtro iure eſt nobis lex 5. *tit.* 19. *part.* 4.

Ad quæ duo argumenta, vt probè ſatisfacias, aduerte in primis, ſcilicet illud, quod de inſtinctu legitur *in d. cap. ius naturale*, non legi, nec reperiri *in l.* 1. §. *huius ſtudij*, *verſic. ius naturale*, *ff. de inſt. & iure.* Vlpianus enim Iureconſultiſſimus longè aliter ius naturale explicat, quàm Iſidorus. Hic enim verè cum eo iure, quod nos ius gentium appellamus, confundit & commiſcet. Vlpianus ius naturale eſſe ait, quod natura omnia animantia docuit, & illud ius non humani generis proprium, ſed omnium animalium, quæ terra marique naſcuntur, auium quoque commune eſſe fatetur; vnde coniugatio maris & fœminæ, & procreatio liberorum: atque paulò inferiùs, hoc ius naturale, à iure illo, quod nos gentium dicimus, diſtinguit, quòd hoc iure gentium ſoli homines, vniuerſique homines vtantur; at verò iure naturæ vtuntur hominum & pecudum genera omnia ſimul. Itaque ius gentium ſolis hominibus & vniuerſis hominibus tribuìmus, at verò ius naturæ hominibus ipſis, inſuper & animantium vniuerſo generi. 14

Ius gentium id definimus, quod ratione duce, non verò natura apud omnes gentes receptum eſt. In quo omnium gentium, non ſingularum conſenſum requirimus: ius naturale naturam habet authorem, ius gentium rationem. Sotus *lib.* 1. *de inſt. & iure*, *quæſt.* 5. *art.* 4. ius gentium eſſe ait quicquid mortales ex principiis naturalibus ratiocinando, & per modum concluſionis elicimus; vtputà cùm quærimus de bello, licere dicimus bellum, ſi pacem aliter habere non poſſumus. Hæc ratio, hæc argumentatio, hæc ratiocinatio, ſiue collectio ex naturalibus principiis neceſſariò educta ius efficit gentium, quam hoc modo concipimus: pax naturâ ipsâ conſtat: ſine bello pax obtineri non poteſt: ergo licet bellum gerere; atque hæc ratio naturalis, ideſt ratio educta ex principiis naturalibus, bellum apud omnes nationes induxit. Rurſum ſic: iniuriam & vim propellere licet; hoc iure gentium receptum eſt, quod ex hac ratione vel argumentatione deducta à principiis naturalibus recepit vniuerſum hominum genus, ita ratiocinando: naturâ quidem licèt ſeipſum tueri: ergo defendere; ſeipſum autem tueri non poteſt quiſquam, niſi propellat vim illatam: ergo licet propellere vim & iniuriam: & vniuerſum hominum genus vim vi cœpit propellere. Ecce quomodo conſtituatur ius gentium, vt omne illud quod ratione & ſyllogiſmo ex principiis naturalibus elicitur, id ſit ius gentium, ab omnibus hominibus vniuersè acceptum. Vnde verba illa apud Iuſtinianum *Inſtitutionum lib.* 1. *tit.* 2. *de iure naturali, gent. & ciuili*, §. *ius autem ciuile*, ibi: *Quod verò naturalis ratio inter omnes gentes conſtituit, id apud omnes populos peræquè cuſtoditur, vocaturque ius gentium*; ita 15 16

sunt interpretanda, scilicet, vt illud æquè custodiatur apud omnes gentes, & sit ius gentium, quod ratio naturalis inter omnes constituit, idest quod ratiocinatio naturalis ex principiis naturalibus elicit, & educit, & constituit. Nec enim intelligendum est, quod ratio naturalis, idest ius naturale, constituit, quod ferè sensit Accursius *ibidem.* Vide circa interpretationem illorum verborum Pinellum *in comment. ad rubr.C.de rescindend. vendit.*1.*parte, num.*7. Franciscum Connanum doctissimum *lib.*1. *comment. iuris, cap.*5. *ad finem.* Aluarum Vasquium *iuris emphyt. quæst.* 3. *num.*2. Ludouicum Charond. *lib.*1. *verosimilium, cap.*5. & sensit Soto vbi suprà, *lib.*4.*quæst.* 3. *vers.Dicitur autem.*

17 Vnde quia hoc ius gentium deducitur ex principiis naturalibus per necessariam consequentiam, vti diximus sæpè, reperimus vtrumque ius confusum, vt sæpè nomine iuris gentium intelligamus ius naturale, vt *in §. singulorum, Instit.de rerum diuisione*; atque eo modo locuti sunt veteres, non tam verborum, quàm rerum veræ cognitionis soliciti. Ex eo enim, quia istud ius gentium ex necessaria consequentia trahitur à iure naturali, scientissimi quique sæpe vnius nomine alterum significant, quod fecit Imperator *in dict.* §.*singulorum*, secutus Ciceronem *lib.*3. *de Officiis, paulò post principium.* [Detrahere (inquit Cicero) aliquid alteri, & hominem hominis incommodo suum augere commodum, magis est contra naturam, quàm mors, quàm paupertas, quàm dolor, quàm cætera quæ possunt aut corpori accidere, aut rebus externis; nam præcipuè tollit conuictum humanum, & societatem: si enim sic erimus affecti, vt quisque propter suum emolumentum spoliet, aut violet alterum, disrumpi necesse est eam, quæ maximè est secundùm naturam humani generis, societatem, vt si vnumquodque membrum sensum hunc haberet, vt posse putaret se valere, si proximi membri valetudinem ad se traduxisset, debilitari & interire vniuersum corpus necessum esset; sic si vnusquisque nostrùm ad se rapiat commoda aliorum, detrahatque, quod cuique possit, emolumenti sui gratiâ, societas hominum communitasque euertatur necesse est. Nam vt si quisque malit, quod ad vsum vitæ pertineat, quod alteri acquirere necessum est, non repugnante naturâ, illud quidem natura non patitur, vt aliorum spoliis nostras facultates, copias, opes, augeamus. Nec hoc solùm naturâ, idest iure gentium; sed etiam legibus populorum, quibus in singulis ciuitatibus respublicæ continentur.] Hæc Cicero, qui paulò inferiùs, hoc ius gentium quod cum naturali confuderat, diuinum vocat, ibi: [Atque hoc multò magis exigit ipsa naturæ ratio, quæ est lex diuina & humana, cui parère qui velit (omnes autem parebunt qui secundùm naturam viuere volent,) nunquam committet, vt alienum appetat, & id quod alteri detraxerit, sibi assumat.] Hoc igitur est ius gentium, quod humanum vocat Cicero & naturale, quia ex natura iura deriuantur.

18 Vnde diuisio illa iuris gentium in primæuum & secundarium, meritò displicebit docto & erudito viro; primæuum enim ius gentium & secundarium, vnicum est, scilicet id, quod ex iure naturæ deriuatum est per necessariam consequentiam: quam diuisionem reprobant plures, & excusat Pinellus *in rub. Cod. de rescind. vend.*1. *part. num.*13. qui dicit communem diuisionem illam posse recipi gratiâ doctrinæ clarioris: plures refert, qui hanc,

contra

contra diuisionem communiter receptam, tenent Aluarus Vasquius *iuris emphyt.quæst.3.num.5.& 6.*

Ex quibus si rectè aduertas ad nostram quæstionem quam tractamus, nullum negotium facesset nobis Isidorus *in d. cap. ius naturale*; verè enim ille pro definitione, aut explicatione iuris naturalis, ius gentium definiuit & explicuit, dum ait ius naturale esse commune omnium nationum, eo quòd vbique instinctu naturæ, non constitutione habetur aliqua: hæc enim omnia pertinent verè ad ius gentium, quod est commune omnibus hominibus & nationibus, & vbique instinctu naturæ habetur, idest ratione naturali; nempe ratiocinatione & argumentatione desumpta à iure naturali: natura enim ipsa 19
in nobis instituit ius gentium, cùm ab eius legibus, & principiis naturalibus, quasi quodam instinctu & motu naturæ trahatur; illudque vocat, & meritò, instinctum naturæ, id est, institutionem naturæ, quâ nos ipsa natura instituit; quod ius gentium est. Et verè si percurras omnia capita Isidori *in 1. distinct.* nusquam inuenies iuris naturalis definitionem, quam posuit Vlpianus *in d.§. huius studij.* At verò lex 2. *tit.1.q.1.* etiamsi magis sequatur Vlpianum, vsa est eo verbo, *Mouimiento deste derecho*; quod verbum ita accipiendum est, quo nos mouet ius naturæ; itaque iure naturæ mouemur ad procreandum, & educandum prolem nostram. Vnde verba illa nihil faciunt contra receptam sententiam, nec pro noua, quæ inter ius naturæ, & instinctum distinguit. Immò dictum caput *ius naturale*, magis confirmat receptam sententiam, quia cùm verissimùm sit dictum caput *ius naturale*, loqui de iure gentium, verè & aptè instinctum naturæ interpretamur legem naturæ, vnde ius gentium procedit. Et ita habet recepta sententia pro se ius in dicto capite *ius naturale*, ita vt instinctus naturæ & ius naturæ idem sint, ad quod non aduertit Tellus, & alij, quos ipse refert, *in dict.l.10.num.4.*

Immò ex his quæ diximus, constat, quàm indifferenter & antiquiores, & nouiores ius genium naturale ius vocent; quia alterum nobis solùm proprium sit ius, quòd ex naturæ instinctu, idest iure naturali proficiscatur; alterum verò cum reliquis animantibus nobis commune est, & est ipsemet instinctus naturæ. Hæc autem duo iura præter Vlpianum, & antiquiores, & dictam legem 2.*tit.1.part.1.* agnoscunt Soto doctissimus vbi suprà *lib.1. q. 4.* quem viuentem coluimus, & mortuum epitaphio celebrabimus, quod cum aliis *lib.1.meorum carminum*, leges: agnouit Franciscus Connanus vbi suprà, *lib.1.cap.4.* Ludouicus Molina *lib.2. cap.1. num. 19.* non aduertentes ad verba illa Isidori.

Rursum non obstat ratio illa, quâ argumentantur contra veram & rece- 20
ptam sententiam, scilicet deducto argumento ad inconueniens; quia si alimenta iure naturæ deberentur, nulla lege tolli possent, contra dictam authenticam *ex complexu*, & receptam sententiam, quâ exhæredatis alimenta negamus, & his qui aliunde habeant vnde se alant, ea etiam negamus. Hæc enim exempla aliâ responsione egent; ac primùm, ex authentica *ex complexu*, nec 21
nos Hispani recipimus, nec recipit ius Canonum *in cap. cùm haberet, de eo qui duxit in matrim. quam polluit per adult.* nec nobis Hispanis negotium facessit vllum, quod etiamsi admittamus id, non abhorret plurimùm à naturali iure:

iure: siquidem de filiis spuriis procreandis nunquam ius ciuile certitudinem patris suspicatur; vnde spurios vocauit, idest sine patre. At verò lex *3. tit.14. part.4.* interpretatur spurium, *fornecino.* Nam lex partitæ sicuti ius commune agnouit filios legitimos, naturales, & spurios. Legitimi sunt ex iustis nuptiis concepti, quæ est vera, & naturalis proles; naturales, qui procreati sunt ex concubina, quæ solemniter recipiebatur, *ex l.2.tit. & part.eadem*, ibi: *Deuelo fazer quando la recibiere por barragana ante buenos homes, aziendo manifiestamente ante ellos, como la recibe por su barragana.* Item debet esse vnica, & in eadem domo retenta, & agnita vt concubina; ex hac genitos vocabant antiqua iura naturales, & leges Partitæ cùm de naturalibus loquuntur, de his sunt intelligendæ; vt filius enim naturalis dicatur, debet adesse quoddam velut ementitum matrimonium, *d. l. 2.* & ibi glossa noua & vetus. Spurios autem iura partitæ & ciuilia vocant vulgò quæsitos sine patre, vel *de fornicio*, vt inquit lex nostra, licèt hoc iure Canonum, & Hispano immutatum sit, de quo proximè agemus. Hos itaque spurios ius ciuile non agnoscit, & debilitata in eisdem iura naturæ arbitratur respectu patris, ideóque à patre ali non patitur, quia paterna iura nulla in hac sobole esse arbitratur dicta lex *3.tit.14.part.4.ad fin.* ibi: *E demas tal fijo como esto non deve partir los bienes del padre, ni es el padre tenudo de criarle, si non quisiere. l. 5. tit.19. part.4.* At verò à matre, quam certam esse nouit, quamuis spurium more pecudum, tamen ali ius ciuile patitur, idque statutum est *in dict. auth. ex complexu, C. de incest. nupt.* Ob idque talis spurius reputatur legibus odiosus *in authent. de triente & semiss. §. fin. autem.* Bart. *in l.2. num. 4. ff. de his qui sunt sui vel alieni iuris*, nec est de domo, nec de familia, nec de agnatione, neque de cognatione patris. Bart. per textum ibi *in l. pronunciatio, §. familiæ, num.1. ff. de verb. sign.* Bald. *in l. ex libera, in principio, C. de suis & legitimis hæred. §. vulgò, Instit. de successione cognatorum, authent. quibus modis naturales efficiant. sui. §. si verò effusa concupiscentia ei fuerit, & alias*, &c. Ob idque rectè concludit Ludouicus Molin. *lib.1. cap. 4. num. 45.* ad maioratum, & fideicommissum non admitti spurios. Alciat. *in d. §. familiæ*, Ias. *in l. fin. C. de verb. signif. numer.13. & 14.* Tiraquellus *de nobilitat. cap. 15. num. 12.* Ang. & Alexand. *in l. ex facto, §. quis rogatus, ff. ad Trebellian.* Immò nec arma, nec insignia portant parentum. Bart. *in tract. de insignibus & armis*, Guillelmus Benedictus *in c. Raynutius, verb. Raynutius de Clera, num. 35.* Guido Papæ *decisione 580.* idque relatis aliis resoluit Molina *vbi suprà, num.46. & 47.* atque odium hoc procedit à iure naturæ, vt statim videbimus: interim illud admonemus, spurios hodie verissimè dici comprehensos *in d. auth. ex complexu*; antiquo enim iure partitarum & ciuili nemo præsumebatur legitimus, nec naturalis, quia in vtrisque intercedit plurimùm facti; in illis solennitas nuptiarum, in his acceptatio concubinæ, & retentio ipsius in forma quadam ficti matrimonij; ideóque qui se dicit legitimum, probare debet. Alciat. *regula 3. præsumpt.1. num.12.* Ias. *in l. nec professio, C. de testam.* Dec. *cons.54.* D. Didac. de Couarr. *in 4. part.2.§.3. num.1.* neque item præsumebatur naturalis, quia debebat probare, matrem suam acceptam pro concubina, & solam domi à patre retentam publicè; iuxta *d. l. 1. tit.14. part.4.* solemnitas enim requisita, vt filius diceretur

retur naturalis, prolixior est, quàm vt legitimus dici possit, *l.3. ff. de concubinis*: & ita tenet Speculator *in tit. de successione ab intestato, §. 1. versic. nunc de naturalium.* Ioannes Andreas *in rub. qui filij sint legitimi, in additione ad Specul. in principio.* Abb. *in c. per venerabilem, qui filij sint legit.* Ioann. Bapt. de sancto Seuerino *in auth. si qua illustris, C. ad Orfician. in principio,* Bald. *in fin. C. de naturalibus lib.* Nicolaus de Vbaldis *in tract. de successione ab intestato, col. 2. vers. secundum membrum.* Ang. *in §. final. Instit. de nuptiis.* Præposit. *in cap. lator, qui filij sint legitimi.* Stephanus Bertrandus *cons. 26. num. 5.* vnde filij, quos isti domini quotidie suscipiunt ex seruitricibus suis, sunt spurij. Bald. *in l. eam quam, C. de fideicommiss.* Alberic. de Rosatis *in rubr. C. de naturalibus liberis.* Vide Oldrad. *cons. 196.* vbi in nobili, qui cognouerat pauperculam mulierem, quæ solebat portare aquam de fonte in domum nobilis, & conducebat operas suas ad messes, & viuebat de laboribus manuum suarum, concludit quod filius ex ea est spurius, & non naturalis, vnde in dubio præsumitur filius spurius. Alciatus *reg. 2. præsumpt. 5. ad fin.* nec obstat lex *si quis ingenuam, ff. de captiu. & postliminio reuers.* quia verè & necessariò intelligendum ibi est, seruam illam fuisse retentam domi pro concubina, postquam filium ex eadem genitum vocat naturalem Iureconsultus, idque ex fundata iuris ratione necessariò intelligendum est. Ita tenet Aretin. *consil. 48.* & Baptista de sancto Seuerino *in dicta l. si qua illustris*, paulò post principium, contra gloss. *in dict. l. si quis ingenuam*, quæ non est vera: & ita intelligit Alciatus *dicta præsumpt. ad finem.*

Hæc de iure ciuili, & nostro iure partitarum recepta erant, iure autem canonum filius naturalis dicitur, qui olim spurius dicebatur, scilicet, qui natus est ex soluto & soluta, inter quos matrimonium contrahi posset, *cap. innotuit, de electione, c. tanta, qui filij sint legitimi*, quod generali consuetudine receptum est in terris Imperij. Abbas *in c. per venerabilem, qui filij sint legitimi*; & ita fuisse iudicatum in Senatu Pintiano asserit Suarez noster *in l. 1. titul. 6. fori legum, lib. 3.* quæ canonum decisio iure nouo Hispaniæ recepta est *in l. 11. Tauri.* Ob idque immutato hodie iure, immutabitur præsumptio, & stante dicta lege 11. Tauri, hodie quilibet præsumetur naturalis, non verò spurius; quia naturalis est hodie ex soluto soluta, inter quos matrimonium licet; omnes autem nascimur soluti & solutæ; & qualitates cum quibus nascimur, perpetuò præsumuntur: glossa communiter recepta, & elegantissima *in cap. si forte, de electione lib. 6.* & secundùm hoc ius intelligendus est D. Didacus de Couarr. *d. § 3. in principio, num. 1. cap. 8. parte 2. de Sponsalibus*, vbi ait potiùs quemquam esse præsumendum naturalem, quàm legitimum: & authentica *ex complexu*, procedit in his nostris spuriis, quos nos Bastardos dicimus, conceptis ab his inter quos matrimonium constare non poterat.

Immò si rectè inspiciamus, hi omnes, siue naturales, siue spurij sint, nihil refert; cùm legitimi ex legitimis nuptiis procreati non sint, verè non sunt 22
iuxta naturæ leges procreati: nam licèt maris & fœminæ coniunctio, & procreatio liberorum de iure naturali sit, in nobis tamen perfectissimum est hoc ius naturale, multóque nobilius, quàm in cæteris animantibus; illa enim promiscuè coniunguntur, nos iure ipso naturæ nullam huiusmodi coniunctionem

admittimus, immò nec admittit in nobis natura quicquam, quòd turpitudinem secum habeat coniunctam. Bonum enim amat, nihilque vult, quod à bono, & honesto decedat; ideóque in coniunctione maris & fœminæ honestatem & bonitatem inuenit, ne ipsamet nat....., quæ procreationem inuenit, rei turpis reperiretur inuentrix, cuius leges, & iura honestissima & optima esse oportuit. Vnde in nobis procreatio illa solùm liberorum secundùm naturam est, quæ procedit ex iustis nuptiis, & vero matrimonio; licèt enim nuptiarum solemnia ius ciuile inuenerit, naturale tamen habent nuptiæ ius, cui in-
23 nituntur: non enim vaga, & libera, aut potiùs effrenata libido & procreatio liberorum de iure naturali procedit; sed illa tantùm, quæ matrimonio coniungitur. Vaga enim & libera procreatio liberorum, sine lege, sine honestate, absque matrimonio, quam nos simplicem fornicationem dicimus, contra naturam est; & nati ex ea, contra naturæ leges nati censendi sunt: ita, & re-
24 ctè, sentiunt viri doctissimi, & clarissimi nominis D. Thom. 2.2. q.154. *art*.4. & *in* 4. *Sententiarum*, *dist*. 33. *quæst*. 1. *art*. 3. eleganter Lactantius Firmianus *lib*.6. *cap*.3. Alfonsus de Castro Hispanus, inter sacros Oratores ætate sua celeberrimus, *lib. de Hæresibus, dictione coitus*. D. Didacus de Couar. *in* 4. *part*. 1. *cap*.4.*num*.8. qui reprehendit, & meritò, Bartolum *in l. penult. ff. de concubinis*, & Alexand. *in l. ex facto*, §. *si quis rogatus*, *num*. 13. *ff. ad Trebellianum*, qui asserebant contra rationem, de qua egimus, simplicem concubinatum iure naturali legitimum coitum esse, ad differentiam adulterij, & incestus; sed re vera licèt in adulterio, incestu, concubinatu, & nefario crimine, magis, & minùs naturæ iura violentur, solùm de excessu est quæstio: omnes autem hi coitus naturæ iura lædunt, & ferino more concipiuntur, si qui ex huiusmodi coniunctione nascuntur, quæ aberret à matrimonio; quo fit vt Solonis illa lex, quam in Christiana ac benè constituta Republica minimè recipiendam ait D. Didacus Couarr. *de sponsalibus part*.2.*cap*.8.§.6. *num*.5. quam refert Plutarchus *in vita Solonis*, vt scilicet geniti ex meretricibus parentes alere non teneantur, non multùm distat à naturæ legibus, cùm in his non sint vincula vlla naturalia, quæ natura ipsa, immò ipse naturæ author, perfectissima esse voluit: nec enim vagam & liberam voluit esse mortalibus maris & fœminæ coniunctionem, sed honestam, & quæ bonitate splenderet sua; nulla autem est in meretricia coniunctione honestas, ob idque non immeritò recepta à Romanis Solonis lex fuit, & in duodecim Tabulis reposita, nec multùm diuersa est à *l. fin. tit*. 14. *part*.4. *in fin*. quin immò vincunt hi coitus ferinas, & pecudum coniunctiones, cùm in feris reperiamus aliquot huius naturalis honestatis vestigia, in columbis, & turturibus; & lex 1. §. *huius studij*, *versic. ius naturale*, non qualemcumque coitum naturalem dicit, sed quod honestatem habet coniunctam, quæ in solo matrimonio reperitur diuinitùs instituto. Deus naturæ author voluit hanc esse naturalem maris & fœminæ coniunctionem; atque statim initio nascentis hominis eas leges indidit.

25 Ex quibus ad authenticam *ex complexu*, facilis est responsio, ideò ibi negata alimenta, quia deficit proles naturalis, & secundùm leges naturæ suscepta; idque etiam respondebimus *ad l*.5. *tit*. 19. *part*.4. quod vt magis & fortiùs tibi persuadeas, reuocabis in mentem, nobilitatem parentis non solùm non descendere

scendere in spurios, verùm neque in naturales, in quibus minùs læsas leges naturæ arbitrati sumus, vt tenent quos suprà citauimus de spuriis, & Cifuentes *in l.2. Tauri*, licèt in hoc ius nostrum Hispaniæ, *l.1.tit.2. part.7.* & *l. fin. tit.22. lib.4. Fori leg.* naturalibus tribuerit nobilitatem parentis; cùm verò ea iura fuerint ante leges Tauri, quibus immutatum est ius illud, meritò dubitari potest, an quos hodie vocamus naturales filios, qui non sunt procreati ex concubina vnica, & in domo retenta publicè, de quibus lex Fori, & Partitarum intelligebat, sint nobiles nobilitate parentum: quod dubium magis auget lex finalis *tit.14.part.4.* & lex *3.tit.15.ead. Partita*; & an nobilitas concessa à lege olim illo casu, concedenda sit hodie hoc nouo casu. Quicquid sit in hoc Senatu lex partitæ recipitur in naturali filio,ex dispositione legis 2.Tauri: audio idem obseruari Pintiano in Senatu.

De exhæredatis alia autem ratio est,quia qui facit contra leges naturæ parentem lacessendo,æquissimum est vt naturæ quoque legibus destituatur, *l.6.tit.9. part.4.* filij enim parentes veluti rem sacrosanctam colere debent, & venerari; 26
sunt enim filiis veluti Deus alter, vt hoc verbo vtar. Cicero pro Cneo Plantio. *Nam meo iudicio pietas fundamentum est omnium virtutum, patrem vereri vt Deum; nec enim multò secus parens liberis.* Rursum quod adducitur,non deberi alimenta, si filius habeat vnde se alat, illud ex eo est,quia cessat obligatio naturalis, quo casu ius ciuile ea adimere potuit: ita tenet Ludouicus Molina *dicto cap.1.lib.2.num.23.* & dicemus inferiùs: debentur igitur alimenta legitimis iure naturæ, nec quicquam differt instinctus naturæ à iure naturæ.

Hodie verò nostra lege 10. Tauri, statutum est, vt si filios legitimos, quos 27
verè naturales vocamus, pater habeat, quamuis velit naturalibus, vel spuriis vltra quintam partem bonorum relinquere, non possit; habent enim necessariò legitimi legitimam, alij quintum, vt assem vtrique expleant: si legitimos non habeat, relinquere naturalibus pater vel totum assem potest. Spuriis certè non potest vltra quintum; incapaces enim sunt eius quod quintum excedit, *d.l.10.Tauri*, quæ magis tribuit naturalibus, quàm spuriis; quia minùs in eorum procreatione læditur ius naturæ; vtrosque autem respectu legitimorum tanquam prolem contra naturam odio prosequimur:ideò verissimum est contra Antonium Gomez, posse in eo quod sibi datur, grauari, vel restitutione, vel submissione; multùm enim differunt à legitimis quibus debetur legitima: ita iudicatum vidi. Vide infrà *num.54.*

Ob idque iam quæritur, an si quintum non sit satis ad alendum spurium, 28
supplenda sint alimenta vltra quintam partem bonorum, stante dicta lege 10. in quo partem affirmatiuam tenet Gregorius Lopez *in l.8.tit.13.partita 6.verb. menester.* Rodericus Suarez *in l.1. tit.6.lib.3. Fori leg. vers. notandum est igitur,* Couarruuias *de Sponsalibus 2.part.cap.8.§.6.num.8.* Palacios Rub. *in repetit. rubricæ*, *§.24.num.17.* licèt contra hos omnes teneat Tellus Fernandez *in d.l.10. num.3.* Et mouetur ipse, primùm quia alimenta, vt ipse ait, non debentur iure naturæ, sed instinctu naturæ, quod latè à nobis disputatum est: tum quia etiamsi debeantur de iure naturæ, istud ius naturæ licèt tolli omninò non possit,taxari tamen potest; & *in d.l.10.* taxata reperiuntur alimenta, & redacta ad quintam partem bonorum; sed contra Tellium est,quia lex Tauri voluit ali-

menta posse relinqui spuriis. Vt autem lex illa vtiliter constituatur, intelligendum est, legem præsumpsisse, quintum quidem sufficere ad alimenta: quod si non sufficiat ad alendum, meritò dici posse suppleri debere; quia aliàs lex loquens de alimentis, intelligeretur in non alimentis. Tu dic quod in naturalibus & spuriis, si habeant legitimos fratres, suppleri alimenta non possunt: ita tenet Gregorius Lopez *in l.8. tit.13. part.6. verb. menester*; immò si plures legitimi sint quàm quinque, minuendum est quintum, ex his quæ diximus *num.9.* Si non sint legitimi, certè licèt lex 10. taxauerit alimenta ad quintum, cùm tamen quintum non sufficiat, si constet de voluntate alimenta relinquere volentis, vltra quintum supplenda sunt, quia non sunt alimenta, quibus conseruare vitam non possis. Ludouicus Molina *lib.2.cap.15.num.53.* Si verò pater filios habeat legitimos, vel non habeat, certè compelli non potest, vt vltra quintum præstet; immò si filius naturalis agat, vel spurius pater satisfaciet, qui alimenta præstiterit secundùm vitæ necessitatem, quia debentur commiseratione naturali, legitimis verò iure fortissimo naturæ, ideò pro modo facultatum: de quo inferiùs. Vide tamen Antonium Cordub. de Lara *in l.si quis à liberis, §.idem rescripsit, num.59.& sequentib.*

Quæ iura cùm de parentibus loquantur, vt *in dict.l.2. tit.19. partita* 4. meritò extenduntur etiam ad matrem, idque intra triennium duntaxat; quod tenent glossa *in l.nec filium, Cod.de patria potestate, verbo trimo*, vbi textus ibi: *Et remedium alimentorum maiori trimo.* Bart.*in tractat.de alimentis, numero* 13. glos.& Abb. *num.9.in cap.cùm haberet, de eo qui duxit in matrim. quam polluit per adult.* glos. *in l.alimenta, C.de negotiis gestis*, glos. *in l.1.vers. & ex tempore, ff.vbi pupillus educari valeat*, latè Ripa *in l.1.ff.solut. mat.* Greg. Lopez *in l.3.tit.19.part.*4. Molina vbi suprà, *part.1.lib.2. cap.15. num.2.* est nobis lex 3. *tit.19. part.4. nodrescer, & criar deven las madres a sus fijos que fueren menores*
30 *de tres años, e los padres a los que fueren mayores desta edad:* quæ quidem assertio ex eo descendit, quod iure naturæ mater pietatis officio tenetur lactare filium: glos. & Abbas *dicto num.8. in cap. cùm haberet, suprà:* textus *in cap. ab eius, 5. distinctione*, vbi Augustini hæc verba referuntur: [Praua autem consuetudo in coniugatorum moribus irrepsit, vt filios suos, quos gignunt, nutrire mulieres contemnant, eosque ad nutriendum aliis mulieribus tradunt. Quod videlicet ex sola carnis incontinentia videtur fuisse inuentum, quia dum se continere nolunt, despiciunt lactare quos genuerunt.] Præpositus Alexandrinus ibi adducit causam, quia nihil magis nutriat infantem recèns natum, quàm maternum lac, ex Philosophorum sententia, quos ipse non adducit; expresè tamen id fatetur Plinius, naturalis Historiæ author, *lib.28. cap.9.* elegans de hac ipsa re Phauorini Philosophi apud Gellium oratio, *Noctium Atticarum lib.12.c.1.* vbi solertiam naturæ admiratur, quæ postquam sanguine illo opifice in penetralibus suis totum corpus hominis effinxit, aduentante iam partus tempore in superas partes sanguinem illum profert, qui ad fouenda vitæ atque lucis rudimenta præsto est, & recèns natis notum & familiarem victum sese offert; quam ob rem non frustra creditum putat, sicuti valet ad fingendas animi atque corporis similitudines vis, & natura seminis, non secus ad eandem rem lactis ingenia valere, nec in hominibus id solùm,

sed

ſed in pecudibus ait animaduerſum: nam ſi ouium, inquit, lacte hœdi, aut caprarum agni alerentur, conſtat fermè in his lanam duriorem, in illis pilos gigni tenuiores. Hæc & alia multa ibi Philoſophus ille: multa Macrobius *lib.5. Saturnalium*, *cap.*11. multa Tiraquellus *in l.ſi vnquam*, *Cod. de reuocand. donat. num.*173. meliùs *in tractat. de Nobilit. cap.*20. *num.*76. alios citat D. Didacus Couarr. *de Sponſ. lib.2. part. cap.*8 §.6. *num.*13. vt ex his colligere poſſis, quàm pulchrè faciant matres, quæ fontes illos lacteos quæſitis medicamentis obturant, impiæ, efferæ, aſperæ, & immites, & in nulla alia re, quàm in oblectamentis & voluptatibus matres.

Quod tamen intellige vt mater triennio lactare debeat filium, & nutrire officio quodam pietatis, iuxta ea quæ tradunt Bartol. *dict. tractat. de alimentis*, & Bald. *in dicta l. alimenta*, *C. de negot. geſtis*. Præpoſitus *in dict. cap. ab eius*, & Gregor. Lopez *vbi ſuprà*, & alij quos adduximus, ſcilicet niſi mater ſit nobilis, & magna Domina, nec deceat ipſam pollui his ſordibus, quibus polluuntur iſtæ infantium conductitiæ nutrices, Præpoſit. *vbi ſupr.* quod quidem nec authoritatem, nec rationem habet vllam. Reginam enim Hiſpaniæ, quâ nihil maius videt oriens, & occidens Sol, filios ſuos nutrire decet, idque obſeruata ratione naturæ, quæ Reginis, & reliquis communis eſt. Illa verò honeſtior exceptio eſt, ſi mater ſit pauper, quæ ſibi quæſitura ſit alimenta; ordine enim charitatis prius ſibi conſulere debet mater, quàm filio; vnde dicit Bald. *in d. l. alimenta*, quod iſtæ fantechæ, contra legem quâ nutrire tenentur triennio filios, propter paupertatem, quâ coguntur ſibi alimenta quærere, poſſunt filium ſcholaſtico etiam intra triennium reddere, quod dictum Baldi egregium eſt, & quotidie verſatur in noſtro Senatu, quo tota die commeant pauperculæ mulieres, ab his, ex quibus filios ſuſtulerunt, alimenta poſtulantes præſtita paruulis etiam intra triennium, quibus iam ſemel, ac bis ſuccurſum eſt ex dicta deciſione Baldi: facit quod reſoluit Abbas *in dicto cap. cùm haberet*, de ſpuriis enutritis, etiamſi mater locuplex ſit, quem ſequitur Gregorius Lopez *in dicta l.*3 *verſicul. De tres años*, *ad finem*; ita vt regula de matre omninò in ſpuriis locum non habeat, ex qua hodie indiſtinctè à Sacerdotibus exigere alimenta poſſunt mulierculæ, & nutrices. 31

Vlteriùs nota quod illa regula, ſcilicet, quod mater omnino teneatur alere intra triennium, neceſſitatem non inducit, admittit enim arbitrium: de quo Bartol. *in l. ſi quis*, §. *ſi mater*, *ff. de liber. agnoſc.* vt ſcilicet etiamſi ipſa velit, & teneatur alere intra triennium, ſi tamen infanti nutriendo vtile ſit apud ipſam non ali, aliò traducatur iudicis arbitrio, *l.*5. *ff. vbi pupillus educari debeat*, *l.*1. *ff. eodem*, ibi: *Et ſolet ex perſona, & ex conditione, & ex tempore ſtatuere vbi potiùs alendus ſit*, *l.*1. *Cod. eod.* ibi: *Quando autem inter eam & cognatos & tutores ſuborta fuerit dubitatio, aditus præſes prouinciæ, inſpectâ qualitate perſonarum & coniunctione perpendet, vbi puer educari debeat*, *l.*19. *titul.*16. *part.*6. ibi: *Pero ſi tuvieſſe madre que fueſſe muger de buena fama, bien la puede dar el fijo que lo crie, e ella puede lo tener mientras mantuviere viudez e non caſare, mas luego que caſare*, &c. Vnde ſi vidua intra luctus tempora turpiter ſe gerat, etiamſi velit alere filium, auferetur ſibi, & aliis tradetur; tutius enim eſt de ſuo infantem ali ſecurè, quàm apud turpem matrem cum vitæ periculo per- 32

manere: ad hæc faciunt dicta lex 3. *tit.* 19. *part.* 4. & lex *lex quæ tutores, ff. de administ. tutorum:* facit quod tradit Gregor. Lopez *in dict. l. 3. de diuortio facto inter virum & vxorem.* Penes quem remanebant filij, vide apud ipsum; nihil pertinet ad nostrum institutum.

33 Nec hæc necessitas alendi restringenda est solùm ad ipsos parentes, qui procrearunt, quamuis in ipsis naturalis illa ratio fortissima esse videatur; sed ad avos, proavósque, & cæteros virilis sexus parentes extendenda est, quin & à matre ad cæteros maiores per illum fœmineum sexum infantem contingentes, necessitatem illam alendi deducimus & dilatamus; quoniam hos quoque ipsa ratio naturalis inuenit procreationis infantis authores, proximos eos quidem: ita Vlpianus *in dict. l. si quis à liberis, ff. de lib. agnosc. Vtrum autem* (inquit) *tantùm patrem, avúmve paternum, proavúmve paterni avi patrem, cæterósque virilis sexus parentes; an verò etiam matrem, cæterósque parentes per illum sexum contingentes cogamur alere, videndum est: & magis est vt vtrobique se iudex interponat, quorundam necessitatibus faciliùs succursurus, quorundam ægritudini; & cùm ex æquitate hæc res descendat, charitatéque sanguinis singulorum desideria perpendere iudicem oportebat.* Hæc Vlpianus. Textus egregius *in authentica vt liceat matri & auiæ, §. illud,* ibi: *Quod autem de alenda matre, & filiis indigentibus definiuimus, hoc quoque in omnibus ascendentibus, descendentibúsque personis vtriusque naturæ valere præcipimus:* quod refertur *in auth. si pater, C. de divortio fact.* In quo tamen id obseruandum est, vt non omnes confusè quidem alere teneantur, sed pater in primis, mater verò deinde illo triennio: quod si hi egeant, avi proauíve paterni alant, in subsidium verò requirendi sunt materni: ita definit Marcellus *in l. non quemadmodum, ff. de lib. agnosc. Non quemadmodum* (inquit ille) *masculorum liberorum nostrorum liberi ad onus nostrum pertinent, ita & in fœminis est; nam manifestum est id quod filia parit, non avo, sed patri suo esse oneri, nisi pater aut non sit superstes, aut egens sit.* Hunc ordinem agnouit Gregorius Lopez *in lib. 2. titul. 19. partit. 4. versic. Padres.*

34 Quin & ipse frater ditior fratres inopes alere tenetur, ipsasque sorores, *leg. mutus, ff. de iure dotium,* ibi: *Manente* (inquit Paulus) *matrimonio, non perditura vxori ob has causas dos reddi potest, vt se suósque alat, vt fundum idoneum emat, vt in exilium, vel in insulam relegato parenti præstet alimoniam, aut egentem virum, fratrem, sororémve sustineat: l. quamuis, ff. solut. matrimonio,* vbi idem Paulus ait, quod quamvis mulier non in hoc recipiat constante matrimonio dotem, vt æs alienum soluat, aut prædia idonea emat, sed vt liberis ex alio viro egentibus, aut fratribus, aut parentibus consuleret, vel vt eos ex hostibus redimat, quia iusta & honesta causa est, non videtur malè accipere: *l. tutor secundùm dignitatem, §. finali, ff. de administratione tutor.* [Aliud est, inquit Caius, si matri fortè aut sorori pupilli tutor ea quæ ad victum necessaria sunt, præstiterit, cùm semetipsas sustinere non possent; nam ratum id habendum est, nec enim eadem causa est eius, quod in eam rem impenditur, & quod muneris, legatorumve nomine irrogatur.] *l. filium, ff. vbi pupillus educari vel morari debeat.* [Existimo, inquit Iulianus, etsi citra Magistratuum decretum tutor sororem pupilli sui aluerit, & liberalibus artibus instituerit, cùm hoc ei aliter

contin

contingere non posset, nihil eo nomine tutelæ indicio pupillo, aut substitutis pupilli præstare debere.] Glossa *versic. aliter, l. prima, §. sed nonnullos, ff. de tutel. & rationibus distrahend.* sed nonnullos casus posse existere, inquit Vlpianus, quibus sine reprehensione tutor author sit pupillo ad minuendum, decreto scilicet interueniente, veluti si matri aut sorori, quæ aliter se tueri non possunt, alimenta tutor præstiterit: tenent glossa, & Bartol. *in d. l. si quis à liberis, in princ.* Salicet. *in l. 1. de alend. liberis*, Ioannes de Imol. *in l. 1. ff. solut. matrimon.* Quin & illud videbatur dicendum, fratrem debere fratris & 35
sororis filios alere, cùm eadem ferè ratio reperiatur, efficiente ciuili & legitima repræsentatione fratrem & eius filium vnam & eandem personam: tum etiam quia fratrum nomine filij fratrum intelliguntur, §. *cùm filius, Instit. de hæred. quæ ab intestat. deferuntur*: *cap. quæritur*, 22. *q.* 2. vbi soror etiam dicitur quæ filia fratris erat. Sed verius & receptius est non teneri fratrem filios fratris alere, nullibi enim scriptum est, idque post Angel. & Alexand. Ripam & Imolam *in l. 1. ff solut. matrim.* tenet Afflictis *in constitutionib. Regni Sicil. lib. 3. rubr. 68. numero* 14. Emanuel Costa suo tempore Iurisperitorum omnium iurisprudentissimus, olim præceptor meus, *libr. 2. selectarum interpret. cap. 20. numer. 2.* à quo sæpè ea reddebatur ratio, quod nulla lege id reperiretur decisum: præterea leges naturæ iam in transuersum euntes debilitari, & degenerare multùm à fratribus ad fratrum filios. Postremò hanc tenent Ludouicus Molina *de Primogeniis Hispanis lib. 2. part. 1. cap. 15. num. 67.* vbi pro *cap. frater*, 22. *quæst.* legendum est *cap. quæritur*, & *num.* 58. vbi allegatur lex 1. §. *sed nonnullos, ff. de lib. agnosc.* legendum est, *de tutelis & rationib. distrah.* & *num. 70.* pro *l. 8. tit. 3. part. 6.* legendum puto *tit. 13.*

Frater quoque Sacerdos tenetur alere sororem inopem, Antonius & Abb. 36
in c. peruenit, de arbitris, quod de redditibus Ecclesiæ saluâ conscientiâ posse fieri tenent ibidem Abbas; dominus enim fructuum est, & dummodo absit abusus, de eisdem tanquam de patrimonio disponere potest, Ægidius de Bellamera *in cap. venerabilis, de exceptionib. num. 46. & seq.* Soto *de iust. & iur. libr. 10. quæst. 4. art. 3.* Couarr. *in cap. cùm in officiis, de testament. num. 3.* Præpositus Alexandrinus *in cap. 1. 44. distinct.* post Diuum Thomam 2. 2. *quæst.* 185. *artic.* 7. cui opinioni proximè accedit illa opinio Zabarellæ Cardinalis *in Clem. quia contingit, de religiosis domibus*, & *in Clement. Gratiæ, de rescriptis*: vbi licèt Clericum dominum non faciat, sed administratorem; liberam tamen administrationem relinquit, licèt de abusu teneri dicat: de quibus duabus opinionibus contra Archidiaconum, qui tertiam aliam opinionem tenebat nimis rigorosam, vide elegantissimè Dominum Franciscum Sarmiento *in suo docto & eleganti tractat. de redditibus Ecclesiasticis, part. 2. per totam*; hæc enim solùm ad nostrum institutum pertinent.

At verò inter has obligationes matris & patris, & fratris erga filios, sorores, & fratres, aliquod discrimen reperitur, ex fortiori, vel debiliori necessitate & obligatione, quæ in iis reperitur. Hæc autem cùm fortissima sit in patre, & matre, eo quo diximus modo, posteà avi, & proavi, quos omnes tanquam authores generis & procreationis natura agnoscit; ij ex hac naturali & fortissima necessitate coguntur non qualiacunque alimenta præstare, scilicet 37

quæ

quæ duntaxat necessaria sunt ad vitam conseruandam, *l. si quis à liberis*, *§. si parens*, *versic. non tantùm alimenta præstare*; sed alimenta pro sua dignitate præstabunt, & pro modo facultatum, *l. legatis*, *ff. de alimentis legat.* *Legatis alimentis*, inquit Iauolenus, *cibaria & vestitus, & habitatio debebitur, quia sine his ali corpus non potest*: *l. verbo victus*, *ff. de verb. signific. l. quos nos*, *eod.* *Verbum viuere*, inquit Paulus, *quidam putant ad cibum pertinere: sed Offilius ad Atticum ait his verbis, & vestimenta, & stramenta contineri; sine his enim viuere neminem posse*: & ne in ambiguo laborandum sit, siue quis educandus sit, siue sint sibi alimenta præbenda, siue victus præstandus, omnia hæc exæquata sunt, vt ad victum necessaria præstentur, *l. fin. ff. de alimentis legatis.* *Rogatus es* (inquit Labeo) *vt quemdam educes; ad victum necessaria ei præstare cogendus es. Cur plenius est, rogo, alimentorum legatum, vbi dictum est, & vestiarium, & habitationem contineri: immò ambo exæquata sunt.* Ex quibus constat, victum, vestitum, & habitationem contineri verbo alimentorum. Ex hoc autem Labeonis responso videbatur plenius legatum alimentorum esse, vtpote quod non victum solum, sed vestitum, & habitationem contineat: quod apertè pugnare videtur cum lege *cùm hi*, *§. qui transigit*, *ff. de transactionib.* *Qui transigit*, inquit Vlpianus, *de alimentis, non videbitur, neque de habitatione, nec de vestiariis transegisse, cùm Diuus Marcus, etiam specialiter de istis transigi voluerit*: quod in eodem §. prosequitur. Ex quo responso vides apertè, alimentorum nomine, nec vestitum, nec habitationem contineri; sed breuiter recepta sententia est, vt propter odium transactionis super alimentis, quo casu transactio liceat, strictissimè fiat alimentorum interpretatio, vt id quod nominis etymo, & propria significatione continetur, id nomine alimentorum intelligamus; scilicet, quod re vera alit, non cætera; habitatio enim, & vestis verè non alunt, licet ad alendum vtilia sint; cibus autem alit, ex dicto §. *verbum viuere*, *l. quos nos*; ideóque solus cibus in transactione continebitur: at verò vbi agitur de alimentis præstandis, non auferendis, latior interpretatio fit, vt omnia hæc contineantur, & tunc victus, educatio, & alimenta exequantur, *ex dict. l. fin.* & *dict. l. legatis, & dict. l. verbo victus*, & *dicto §. viuere*: & ita resoluit Iason post reliquos *in dicto §. qui transigit*, *num. 1. versic. in ea gloss.* vbi infert post Bartolum de legato alimentorum relicto vxori, vel de transactione inter hæredes & vxorem super legato alimentorum: idem Bartolus *tract. de alimentis*, *num. 1. & 2.* denique nobis est lex 8. *tit.* 13. *part.* 6. ibi: *Entonces los herederos del son tenudos de le darlo que fuere menester para su gouierno, e para su vestir, e calcar, segun aluedrio de hommes buenos.* Elegans textus *in l. 2. tit. 19. part. 4.* *E la manera que deuen criar los padres sus fijos, e darles lo que les fuere menester, maguer no quieran es esta, que les deuen dar que coman, e que beban, que vistan, e que calcen, e lugar donde moren.*

39 Quin quod cubile etiam & stragula conuolutoria verbo alimentorum continentur, vulgò, *Vna cama*, *d. l. quos nos*, ibi: *Et stramenta & vestimenta contineri, sine his enim viuere neminem posse*; tener Angel. & post eum Iason *in dicto §. qui transigit*, *numer. 3. ad finem.* Aulæa autem serica, vel lanea præstare non tenetur pater, cùm hæc ad ornatum domus, non ad alimenta pertineant; sine his enim egregiè veteres viuebant; nos autem eò deuenimus, vt nisi

parietes

parietes exquisito luxu cooperiamus, egregiè viuere nos minimè putemus. Insanit humanum genus, & liberè sibi, ne dicam impudenter, & Regum & Principum mores arripit; vix ad subeundas expensas aduersæ valetudinis opes habemus, & auratis parietibus vniuersum censum tribuimus. Optimè cum republica nostra actum esset, si lege lata his quoque sumptibus modus imponeretur. Hæc autem cùm inuenerit, luxus, & Regum opulentia, non necessitas, alimentorum nomine minimè continentur, glos. *in d.l.quos nos, versic. neminem, ff.de verborum signif.* vbi Alciatus post alios, *l.in strato, ff. eod.* stragulâ enim, de quo verbo *in d.l. in strato*, vt Marc. Varro ait *de lingua Latina lib.*4. quicquid sternitur, significatur, à sternendo; vnde pro veste, & pro aulæis, & tapetibus accipitur; item pro eo quo dormientes cooperimur, vnde dimanauit verbum illud latinis receptum, *stragula semper conuoluta habeto*: quod vrbanitatem continet, vt scilicet stragula lecti componamus excubantes: tametsi verius multò sit hoc verbo commendatam fuisse verecundiam, vt etiam in his, quibus cogimur, & compellimur necessitati naturæ satisfacere, verecundi simus, & stragula conuoluta habeamus: & ita tenet Angel. & post eum Ias. *in dict.§.qui transigit, num.*3.

Item & medicamenta ægrotanti debentur, & nomine victus, & alimentorum continentur, Bartol. *in l. si cùm dotem, §. sin autem in sæuissimo, ff. solut. matrim.num.*9. *versic.vltim.* idem ex isto tenet Angel.& Ias. *in dict.§.qui transigit:* idem Bart. *in d.l. legatis, ff.de alimentis legat.* glos. Abb.& Canonistæ *in cap. cùm haberet, de eo qui duxit in matrim. quam polluit per adult.* Dominicus de sancto Geminiano *in cap. omnino*, 31.*distinctione*, Ancharan. & Imol. *in cap.si aliquem, de præbendis in* 6. textus elegantissimus, quem Bartol. dicit à nemine allegari, *in leg.sicut impendia, ff.de vsufruct. Sicut impendia cibariorum* (inquit Caius) *in seruum, cuius vsusfructus ad aliquem pertinet; ita & valetudinis impendia ad eum respicere naturâ manifestum est:* quod autem dicitur de medicamentis paruæ vel magnæ quantitatis, in hoc nostro casu, in quo simpliciter alimenta debentur, sine quibus viuere non possimus, non curamus; siue enim magna, siue parua sint, omnino sunt præstanda, quia ad vitam necessarium est. Parui autem & magni in alimentis inuestigatio singularem considerationem habet in casu legis *in rebus, §.possunt, ff. commodat. Possunt*, inquit Caius, *iustæ causæ esse, ex quibus cum eo qui commodasset, agi deberet, veluti de impensis in valetudinem serui factis, quæve post fugam requirendi, reducendique eius causâ factæ essent: nam cibariorum impensæ naturali ratione ad eum pertinent, qui vtendum accepisset; sed id quod de impensis valetudinis, aut fugæ diximus, ad maiores impensas pertinere debet: modica autem impendia verius est, vt sicuti cibariorum, ad eundem pertineant.* Hæc Caius, vbi maiores impensæ ad dominum, non ad eum cui commodatur, pertinent; cùm enim is cui commodatur, rem recipiat ad commoditatem, alimenta præstabit respectu commoditatis: quæ autem commoditatis expensæ rationem superant, eæ ad dominum spectant. Commodasti equum, vt Compostellam irem; Compostellam veni, ægrotauit equus, curaui, grauis morbus fuit, expensæ rationem commoditatis superant. Proculdubio ea expensa ad dominum pertinet, parua autem ad me. Idem dicendum est in omni specie, in qua alimenta de-

42

43

beantur respectiuè, vt in viro qui tenetur alere vxorem, ac ob id medicamenta præstat. Sed cùm hæc medicamenta debeantur respectiuè, id est, ratione
44 dotis, si morbus grauissimus sit, & maximæ impensæ fiant in vxorem ægrotantem, quæ dotis vsuras excedant, eas quæ excedunt dotem computabit vir in dotem; quia licèt teneatur alere, ac subinde mederi; id tamen est respectu dotis: & ita tradit Paulus elegantissimè *in lege quod in vxorem, ff. de negot. gestis*, qui videndus; & tenuit Baldus ibidem numero tertio, qui existimauit aliquando hanc expensam medendi non pertinere ad maritum: & allegat Cinum, & Raynerium. Denique idem resoluit Palacius Rub. *in repet. cap. per vestras*, post adnotationes ad textum, §.1. *per totum, folio mihi* 85. & ita respectiuè habetur ratio paruæ & magnæ quantitatis: quod addendum est ad explicationem eorum quæ tradit Antonius Corduba de Lara *in lege si quis à liberis, §. si quis ex his, numero 26. ff. de liberis agnoscend.* In nostro verò casu, vbi de alimentis filiis præstandis à parentibus agimus, cùm simpliciter debeantur authore natura, & cogente lege, siue magnæ, siue paruæ quantitatis sint, præstari oportet, nec locum habet separatio illa magnæ & paruæ quantitatis, de qua Caius *in dicta l. in rebus, §. possunt.*

45 Tandem huiusmodi parentes præstare quoque tenentur expensas pro disciplina addiscenda, si fortè filius vult ire ad scholam Salmantinam: in quo animaduertendum est, nos nihil agere de legato alimentorum, in quo verissimum est, non contineri nisi ea quæ diximus, victum scilicet, vestitum, habitationem, & medicamenta: glossa *verb. victus, in cap. Episcopus, 10. quæst. 2.* Decius *in leg. de alimentis, Cod. de transactionib.* Bartol. *in tractat. de alimentis, num. 1. 5. & 6.* denique in legato veniunt ea quæ pertinent ad vitam tuendam, expensa autem ad disciplinam addiscendam non continetur in legato alimentorum; quod tenet Bartol. *dict. tract. de aliment. num. 3.* idem *in dict. lege legatis*, idem *in l. de bonis, §. penultim. ff. ad Carbonian.* post glos. ibi, Iason *in §. qui transigit, num. 4.* pro quibus est textus *in dict. l. legatis, ff. de aliment. legat. Legatis*
46 *alimentis*, inquit Iauolenus, *cibaria, & vestitus, & habitatio debebitur, quia sine his ali corpus non potest: cætera quæ ad disciplinam pertinent, legato non continentur.* In nostro verò casu, vbi obligatio alimentorum descendit à naturæ & legis dispositione, non verò hominis, proculdubiò hæ expensæ veniunt quoque appellatione alimentorum, *l. bonis, §. qui pup. vers. non solùm, ff. de Carbonian. edicto: Non solùm alimenta*, inquit Paulus, *præstari debent pupillo, sed & in studia, & cæteras necessarias expensas debet impendi pro modo facultatum, quod & in tutore quoque receptum est. l. cùm plures, §. fin. ff. de administ. tutorum. Cùm tutor*, inquit Paulus, *non rebus dumtaxat, sed moribus pupilli præponatur, in primis mercedes præceptoribus, non quantas minimas poterit, sed pro facultate patrimonij, pro dignitate natalium constituet.* Textus *in l. qui filium, ff. vbi pupillus educari debeat*, ibi: *Iussus es à Magistratu alimenta pupillæ & mercedes vt liberalibus artibus institueretur, pupillæ nomine præceptoribus dare; quæsitum est an tutelæ iudicio consequi possis. Existimo, etsi citra Magistratuum decreta tutor sororem pupilli sui aluerit, vt liberalibus artibus institueret, nihil eo nomine tutelæ iudicio pupillo, aut substitutis pupilli præstari debere, cùm aliter ei*
47 *contingere non possit*; id est, cùm etiamsi Magistratum adierit, cogendus omninò

ninò esset præstare has impensas, quæ ad disciplinam irrogantur addiscendam pueris, puellisque.

Nec cùm hanc quæstionem tractamus, id attingimus, an scilicet filius teneatur conferre expensas, quas pater secum fecit in studiis: aliud enim est an pater teneatur, aliud an filius debeat conferre, cùm vtrumque concurrere possit; & quod pater teneatur præstare impensas filio in scholis, & quod filius teneatur conferre fratribus. Rursus potest quidem fieri, vt pater teneatur præstare, & filius minimè conferre; vnde resultat perspicuitas quæstionis nostræ, an scilicet ita instituendus sit, vt est alendus; & sicuti alimenta necessaria filius non confert, ita nec expensas pro disciplina addiscenda: & licèt Bartol. *in dict. tractat. de alimentis*, & Paul. & Iason, & reliqui, de quibus suprà, ita *ex dict. leg. bonis*, §. *qui pupillæ*, & *ex dict. leg. cùm plures*, §. *fin.* & *dict. leg. qui filium*, id indistinctè colligant, & tradant securè; aduertendum tamen est, quod pater tenetur mercedes præceptoribus, & magistris numerare, & filium erudire, non tamen maioribus facultatibus, iure Ciuili scilicet, aut Pontificio, vel Theologia, vel medendi Arte. Sed eò vsque duntaxat, vt filius discat Latinam linguam; parum enim homo videri solet, qui humaniores disciplinas non nouit, quantumvis reliquis maioribus disciplinis eruditus & instructus esse videatur: miserrimi enim ingenij est, quæ rectè senseris, non nisi 48
barbarè promere, & turpiter explicare. Vnde hanc prærogatiuam vsurpauit sibi in iure Latina lingua, vt expensas in ea factas pater teneatur præstare, & filius minimè conferre: atque id quod de Latina lingua dicimus, de humanioribus studiis intelligimus, sine quibus hodie nullus satis peritus, & doctus est; idemque de Græca lingua, quæ ingenuis hominibus post Latinam apprimè necessaria est, & doctissimo cuique ornamentum splendidissimum. Existimo ergo in hoc habendam esse rationem personarum, & patrimonij, idque arbitrio iudicis definiendum esse, ita vt omnino hæc impendenda sint nobili parenti, quæ filius in his consumpserit, has minimè collaturus expensas. Tenet Bartol. *in l. bonis*, §. *non solùm*, *ff. de Carboniano*; idque significat illis verbis, dum ait: [Sed respondeo quod textus iste hoc declarat, quod hic loquitur in studiis necessariis, sine quibus homo secundùm consuetudinem, & conditionem suæ personæ viuere non potest, vt addiscat Grammaticam, & similia; & tunc dicitur impensa necessaria.] Hæc Bartolus, qui cùm dicit Grammaticam, & similia, intelligit Artes liberales, quæ liberaliter erudiunt, & ingenuè instituunt, veræque hominum diuitiæ sunt; quas qui norunt, ita reliquos homines excellunt, sicuti ipsi mutas pecudes. Tenet Ludouicus Romanus *in leg. si donatione*, *Cod. de collationibus*. Ang. *in authent. res quæ*, *Cod. communia de legat.* Iason *in l. quidam cùm filium*, *numero* 33. *ff. de verb. obligat.* vbi refert Solonis legem, qua filius non tenebatur alimenta præstare patri, quem pater liberis studiis non erudisset, ex Plutarcho *in vita Solonis*. Tenet Ripa *in leg. in quartam*, *num.* 174. *ff. ad legem Falcid.* Gregorius Lopez *in l.* 15. *part.* 6. *verb.* *Las despensas*, *versiculo aduerte tamen.* Tenet doctissimus Antonius Meneses, præceptor olim meus, *in authent. res quæ*, *C. communia de legat. numero* 29. qui adducit Rebuffum *de priuilegiis scholasticorum numer.* 53. in quo arbitrium iudicis desideratur, vt diximus, perspecta qualitate, & dignitate

personarum, & patrimonij facultatibus: ex qua vera resolutione cauebis à glos. *verbo, solebat, in l. sed Iulianus*, §. *proinde, ff. ad Macedonianum*, vbi longa & prolixa distinctio est: & rursum cauebis à Bartolo *in dicta l. quidam cùm filium, num.* 11. vbi indistinctè tenet quod pater tenetur ad impensas: &
49 quamuis Ludouicus Romanus, *vbi suprà*, pro sua, & Bartoli opinione adducat *legem quæ pater, ff. familiæ erciscundæ*; illa tamen lex verè non loquitur in expensis omnino debitis, quia in his minimè indagamus animum credendi, vel non credendi: ille autem textus meliùs applicabitur in casu, quo pater expendit cum filio in maioribus studiis, ad quod minimè tenetur; an donasse visus sit si non reposuerit in libro rationum, vel si non explicauerit animum,
50 quod crediturus fecerit, non daturus, vt quadret cum lege *Nesennius, ff. de negotiis gest.* Facit pro recepta opinione dicta lex *qui filium, ff. vbi pupillus educari debeat*, & lex *cùm plures*, §. *fin.* Putamus tamen inuito patre posse filium his humanioribus studiis operam dare; cùm enim omninò pater teneatur iisdem eundem erudire, non potest filius impediri, quo minus addiscat, si velit. Bald. *in l. Macedoniani*, *C. ad Macedonian.* Felin. *in cap.* 2. *de magistris.* Nouellus *de dote 6. parte, priuilegio* 46. Rebuffus *dicto priuilegio* 53.

Ex quibus cùm pater ad hæc omnia teneatur, proculdubio tutores & curatores, qui huiusmodi expensas fecerint, in rem pupilli expendisse videbuntur, meritóque in ratione tutelæ has expensas deducent; idémque obseruabitur generaliter in omni eo, cui pupillus curæ sit, si pupillum legere, & characteres literarum aptè formare docuerit; ferè enim nullus casus interuenire potest, nulla personæ qualitas, nulla patrimonij adeo exigua summa, quæ harum expensarum deductionem impediat, etiamsi expensas in humanioribus disciplinis faciendas arbitrio iudicis relinquamus, perspecta qualitate & dignitate personæ, & patrimonij, *leg. qui filium, ff. vbi pupil. educari deb. leg. decimasexta, titul. decimosexto, parte sexta*, vbi Gregor. Lop. immò arbitramur si tutor tales expensas omiserit, teneri eum ex dispositione textus *in lege quicquid, C. arbitrium tutelæ*; quia multò grauior est iactura pupilli, quàm rei pupilli; meritóque talis tutor priuabitur decima parte fructuum, quam consequitur ex iuris nostri dispositione vtiliter pupillum & pupilli rem gerens: non gessit, qui pupillum non erundiendo perdidit, quamuis rem auxerit, *d.l.16. tit.16. part.6.*

52 Cæteras autem expensas in maioribus studiis, quas pater facit cum filio, an omnino teneatur facere, & si semel præstiterit expensas, perseuerare teneatur, quovsque perficiat studiorum suorum tempora; & si pater sit mortuus, qui semel expensas subministrarat, an fratres teneantur, & in omnibus iis decisio est negatiua, quam resoluit Antonius Gomez *in l. 29. Tauri, numero* 18. post Bartolum *in l. de bonis*, §. *non solùm, ff. de Carbon. edicto*: idem Bartolus *in lege prima*, §. *nec Castrense, ff. de collationibus bonorum, numero decimosecundo*: idem *in tractatu de duobus fratribus, quæstione tertia.* Baldus *in l. filiæ cuius, C. familiæ erciscundæ*: glossa & DD. *in lege Macedoniani, C. ad Macedonianum.* Iason *in l. quidam cùm filium, ff. de verborum obligationibus, numero trigesimotertio.* Pro fratribus est textus expressus *in leg. Et si filium, ff. de muneribus & honoribus, lege si vni*, §. *primo, ff. familiæ erciscundæ.*

En-

Et quamuis hoc generaliter traditum sit, si fratres communia habeant bona ex ea parte facultatis, quæ ad filium studentem pertinet, proculdubio in hoc 53
Senatu compelluntur necessaria mittere ad studia perficienda, pro quo facit dicta lex *Etsi filium*, ibi: *Cùm eidem decurioni sufficientes facultates reliquerit pater*: quasi Iureconsultus dicat, non teneri fratres, quia decurio habet suas facultates. Igitur voluit quod ex facultatibus suis alatur, etiamsi hæ sint apud fratres cum reliquis bonis paternis; quas quidem expensas sibi faciet, & ex suo, non verò ex ea portione, quæ ad fratres pertineat.

Ex quo iam semel ex facto agitatum vidi in hoc Senatu, si pater semel miserit filium Salmanticam, qui maternam hæreditatem habeat; cuius tamen vsusfructus apud patrem sit, nolítque expensas præstare vt filius perficiat studia, an sit compellendus: & coactum fuisse noui, idque in eo casu quo pater locuplex erat, & facilè poterat præstare necessaria sine distractione rerum maternarum, & diminutione vsusfructus, argumento glossæ communiter receptæ *in lege Macedoniani*, *Cod.ad Macedonianum*; quam ibi sequitur Bartol. aliàs si esset ad id rem maternam distracturus, vnde diminutio fieret vsusfructus, non teneretur: ob id iudicum prudens arbitrium animaduertitur; filius autem postea expensas computabit secum factas.

Hæc sunt necessariò expendenda cum filiis legitimis, quos rectè genitos 54
esse censemus, & in quibus fortissima naturæ iura esse arbitramur; nam in spuriis & naturalibus magis minsuve læsa iura naturalia constituimus, ideóque in his commiserationem, in illis naturæ vim & potestatem inuenimus. Vnde illud animaduersione dignum est, quod tradit Antonius Gomez *in l.*10. *Tauri*, *num*.43. existimans adeò deberi spuriis alimenta, vt sicuti legitima portio grauari onere vel fideicommisso non potest, propter naturalem obligationem; ita quoque alimenta fundantur *in l.* 10. *Tauri*, quæ mihi nihil huiusmodi probat; non enim video cur Sacerdos, qui centum nomine alimentorum filio, filiæve donat, vel relinquit, non possit fideicommittere filij, filiæve, vt post mortem suam fideicommissi nomine restituat alij; pro quo præterea quod ipsa ratio facit, à qua decedit ipse, scilicet, quia ius alimentorum personale est, & non transitorium ad hæredes, *l.cùm hi*, §. *modus*, *ff. de transactionibus*, lex decima Tauri, etiamsi dicat, posse filium huiusmodi alimenta transmittere ad posteros, & relinquere quibus velit, id quidem intelligendum est, si liberè relinquantur, nulla addita conditione; cùm verò ex superiùs traditis constet, spurio, & naturali non deberi, quemadmodum legitima portio filiis legitimis, necessariò fatendum est, posse istos fideicommisso grauari, præsertim quod morte eorum incipiat, quo tempore alimenta desinunt deberi. Et ita iudicauit Senatus noster, in causa dotis constitutæ filiæ Sacerdotis, addita conditione, vt si filia sine liberis moreretur, dos ad consanguineos quosdam Sacerdotis reuerteretur, marito ex voluntate vxoris bona desiderante, ex qua prolem nullam susceperat. Alimenta enim eam naturam obtinebant, vt finitâ vitâ ad donantem reuerterentur. Palacios Rubios, & alij quos refert & sequitur post Abbatem *cons*.115. & Baldum *in l. eam quam*, *C. de fideicommissis*, *num.* 41. Antonius Gomez *in dict. l.* 10. *Tauri*, *numer*. 42. & contra Antonium Gomez sunt ij, qui tenent alimenta deberi instinctu naturæ, non lege naturæ,

de quibus *num.* 10. & quia caret Antonius Gomez iure, & licèt ipsi in fundamento errent, verè tamen tenent contra Gomez, & tenet Palac. Rub. *in repet.cap.99.num.9. col.1.*

CAPVT IV.

De expensis ad maiores disciplinas addiscendas, & quomodo alimenta constituantur.

Notabilia ex hoc capite quarto.

1 *Expensæ factæ in maioribus studiis cum filio, an conferantur.*
2 *Si pater habeat bona filij & expendat, in dubio censetur expendisse ad maiores disciplinas de patrimonio filij.*
3 *Quid si filius nihil profecerit in studiis, & operam perdiderit.*
4 *Quid si pater expendat animo donandi, & quomodo probatur ille animus.*
5 *Necessariæ expensæ nunquam conferuntur, idque generale est.*
6 *De libris an conferantur, & quid iure nostro Hispano.* num.7. *& quod Bartolus pessimè comparet scholasticos cum arcariis & muscariis.* num.8. *contra Tellium.* num.9.
10 *Quid de expensis in nuptiis filiæ, vel filij, & vestimentis pretiosioribus, vel vilioribus.*
11 *In materia donationum conferendarum, vel imputandarum cautè procedendum, quia subtilis est.*
12 *Expensas factas pro redemptione filij capti ab hostibus, an filius conferat; quid si hostis sit Christianus, quid si pyrata.*
13 *Expensas factas in solutione condemnationis factæ filio, an faciat pater de suo.*
14 *Expensas factas à patre pro militia comparanda filio, an filius imputet, & de æstimatione militiæ facienda.*
15 *Militia, decurionatus, tabellionatus, & officia acquisita constante matrimonio sunt communia viro & vxori ex iuris nostri dispositione.*
16 *Tessera frumentaria, & militia differunt, & quid antiquis fuerint.*
17 *Alimenta sunt præstanda pro modo facultatum, & facultas debet æstimari pro modo redditus.* num. 18.
19 *Idem pretium est duorum modiorum vini, & fundi, qui duos duntaxat modios reddat vini quotannis.*
20 *Alendus non cogitur manere in eadem domo cum eo à quo est alendus: & quod præstentur iudicis arbitrio alimenta.*
21 *Modus constituendorum alimentorum vt iurgia vitentur.*
22 *Filius si habeat aliunde vnde se alat, non est alendus, & de artificio honesto vel turpi, & hospitali domo quæsita filio à patre.*

23 *Filius*

23 *Filius exhæredatus quatenus alendus sit ab hærede scripto.*
24 *Expensæ factæ cum eo, cum quo affectio est charitatis, affinitatis, sanguinis, vel amicitiæ, quando repetantur: & limitationes.* num.25.
26 *In tutore, vel curatore quid statuendum, an præsumatur pupillus vixisse de suo: & de equo, & boue capto, quod alimenta præstentur.* num.27.
28 *Animal repertum in alieno agro, quomodo retineatur, an pro damno, an vero pro alimentis.*
29 *Athenienfium lege puniebatur qui bouem repertum in alieno agro interficiebat; & causa.*
30 *An si alimenta relinquantur præstanda ex certo fundo quotannis, an fundus sit hypothecatus pro alimentis, & quid in annua præstatione vniuersè traditur.*
31 *An per expressam hypothecam contrahentes recessisse videantur à tacita & legali, remissiuè.*
32 *Alimenta relicta in aliquo fundo habent fundum obligatum.*
33 *Vera in hoc resolutio, & ratio eius resolutionis.*
34 *Rursus hæc ipsa resolutio latiùs resolvitur alia quæstione adducta, an assignatio loci vnde alimenta præstentur, inducat conditionem, an verò demonstrationem.*
35 *Doctores aliis verbis hanc ipsam quæstionem proponunt.*
36 *Communis & recepta sententia in quæstione traditur.*
37 *Hæc ipsa communis & recepta sententia obscurè à Doctoribus tradita, latiùs & apertiùs explicatur.*
38 *Vera ratio ex mente Iureconsultorum agnoscendi duplicem orationem.*
39 *Optima & quotidiana exempla ad hanc resolutionem traduntur.* num.40. & 41.
42 *Quod dicitur ad obligationem personalem annui redditus solutionem esse principalem & principaliter attendendam, limitatur ex hac resolutione.* & n.43.
44 *In constitutione annui reditus, vel alimenti quando excussio non sit necessaria, & quod extra hunc casum sit necessaria, contra Couarr. ita iudicasse Senatum Gallecum.*
45 *Duplex oratio quomodo intelligatur in legato vel donatione, vel emptione annui reditus, vel alimenti annui, & effectus huius duplicis orationis:* num.46. & 47.
48 *Licet à principio hypotheca non reperiatur sine actione personali, ex postfacto bene reperitur.*
49 *Augumentum à sufficienti partium enumeratione facit euidentiam rei.*
50 *Fundus demonstratus ad solutionem annuam est hypothecatus in causa alimentorum solùm, ex Accursio.*
51 *Contra eundem Accursium verum esse extra causam quoque alimentorum in omni demonstratione fundi ad annuam solutionem induci hypothecam expressam.*
52 *Parentes quoque alendi sunt à liberis iure nostro & naturali reciproco.*
53 *Ciconiæ pietate insignes genitores senecta confectos enutriunt.*
54 *Regium sceptrum olim in imo hippopotamum, in summo ciconiam habebat.*

55 *Legitima respectu parentum tolli non potest.*

56 *Difficillima ratio est ad decisionem Iureconsulti, quâ mater per substitutionem pupillarem legitima portione priuatur.*

1 SEd & illas expensas, quas pater libens, ac volens præstat filio vt maiores disciplinas addiscat, filius non confert, neque facit de suo, idque pro regula constituendum est. Cuius ea ratio est, quia licèt Bartolus *in l. 1. §. nec castrense, num. 3. ff. de collationibus bonorum*, & *in l. filia cuius, C. famil. erciscund.* censeat donationem factam à patre filio studiorum causâ non valere mero iure, nisi præcedente traditione, & secuta confirmatione post mortem, quam opinionem communem dixit Ripa *in l. 1. num. 153. ff. solut. matrimonio*, & Alexand. de Imol. *in l. quartam, num. 22. ff. ad leg. Falcid.* & plures refert Tellius *in l. 17. num. 114.* contraria tamen opinio verior est, & receptior; quam receptiorem dixit Iason *in d. l. 1. ff. solut. matrimonio*, & Alexand. de Imola *in dicta l. in quartam, dicto numero 22.* & plures relati per Dueñas *in regula 87.* pro qua est nobis in nostro iure lex 3. *tit. 4. part. 5.* ibi: *Mas si el padre diesse algo delo suyo a alguno de los fijos, non valdria, ca el fijo aquien lo diesse si ouiesse otros hermanos, tenudo seria despues de la muerte de su padre de adducirla, e meterla en particion con ellos, o de recebirla en su parte entregandose cada vno de los otros hermanos de otro tanto como valiesse la donacion que le dio el padre, fueras ende, si el padre fiziesse cavallero à su fijo, e le diesse cavallo è armas, ò le fiziesse aprender alguna sciencia, o le diesse libros en que la aprendiesse, ca el donadio que fuesse fecho en alguna de las maneras sobredichas valdria, e non seria tenudo de adducirla en particion entre los otros hermanos.* Hactenus lex nostra: tum etiam hæc opinio probatur *in l. quæ pater, ff. famil. erciscund.* *Quæ pater* (inquit Vlpianus) *emancipato studiorum causâ peregrè agenti subministrauit, si non credendi animo pater misisse fuerit comprobatus, sed pietate debita ductus, in rationem portionis, quæ ex defuncti bonis ad eundem filium pertinent, computari æquitas non patitur.* Hæc Vlpianus, qui pro regula tradit, omnino regulariter non esse computandos eos sumptus & expensas; & huius legis argumento Bartol. ibi, & reliqui hanc regulam tradunt: & licèt Vlpianus loquatur in emancipato, à fortiori idem intelligendum est de filio in potestate, secundùm Corsetum *in l. filium quem habentem, num. 224. Cod. famil. erciscund.* pro qua regula est nobis in nostro iure lex 5. *tit. 5. part. 5.* ibi: *Otrosi dezimos, que los libros e las despensas que el padre diesse à alguno de sus fijos para aprender alguna sciencia en escuelas, non gelas pueden contar los otros hermanos en su parte en la particion.* Et hæc regula constituenda est.

Recipit autem aliquot declarationes, quæ in materia optimæ sunt: atque
2 in primis ea est summè aduertenda, nisi pater aliqua bona filij habeat. Bartolus *in dicto §. nec castrense, num. 8.* Antonius Gomez *in l. 29. Tauri, num. 16.* Ias. *in authent. quod locum, Cod. de collationibus, num. 3.* Palacios Rubios *in repetitione cap. per vestras, §. 14. num. 4. fol. 91.* Corrasius *in repet. l. filium quem habentem, num. 226.* vbi expressè sequitur Bartol. pro qua opinione est textus *in l. fin. ff. de petit. hæredit.* [Filius (inquit Scæuola) à patre emancipatus, secundùm

dùm conditionem testamenti matris adiit hæreditatem, quam pater antequam filium emanciparet, possedit; fructusque ex ea percepit, sed erogationes in honorem filij cùm esset Senator, fecit. Quæsitum est, cùm paratus sit pater restituere hæreditatem habita ratione eorum quæ in eum erogauit, an filius nihilominus perseuerans petere hæreditatem, doli mali exceptione submoueri possit? Respondi, etsi non exciperetur, satis per officium iudicis consuli.] Quod est verum, etiamsi bona illa non consistant in pecunia: quod tenent contra Bartol. Antonius Gomez *in dict. l.29. num.16.* & Gregorius Lopez *in l.5. tit.15. part.2. verb. Las expensas*; idque recipiendum est in dubio; nam si expresse donet, statuendum est vt suprà diximus, numero proximo.

Secundò limitatur, si modò filius ea quæ pater sibi in studio præstitit, in malos erogauerit vsus. Ita tenet Bart. *in dict. auth. quod locum*, per textum ibi, *Cod. de collationibus.* Sequitur ibi Ias. *num.3.* Decius *num.8.* qui dicit id communiter receptum. Idem Bald. ibi, *vers. nota.* Platea *in l. licet, C. de decurionib. lib.10.* Angelus *in l. filiæ licèt, Cod. de collationibus.* Gregorius Lopez *in l.5. tit.15. part.6. verb. Las expensas:* quæ sententia recepta eam habet rationem, quia hæc ipsa donatio ad studia eam habet tacitam conditionem, si filius huiusmodi expensas in bonos conuertat vsus: quod si filius se, sumptusque & expensas perdat, tunc repetitioni locus est, quasi non secutâ causâ. 3

Limitatur tertiò, si pater quo tempore expensas subministrat, non faciat animo donandi, sed potiùs credendi. Textus *in dicta l. quæ pater, ff. familiæ erciscundæ*, ibi: *Si non credendi animo pater fecisse fuerit comprobatus*; vbi Bartol. idem tenet Antonius Gomez *dicto num.16. vers. secundò limita.* Ille tamen animus credendi, & non donandi interuenire debet tempore ipso, quo expensæ præstantur, non ex interuallo, *l. illud, Cod. de collationibus*, ibi: *Nisi huiusmodi legem donator tempore donationis suæ indulgentiæ imposuerit*; vbi Bartol. & Paulus. Sed *in l. perfecta donatio, Cod. de donation. quæ sub modo fiunt*, exemplum est, vt intelligamus quando pater præstat necessaria ad studium animo credendi, non verò donandi. Illud in primis adducitur, si pater subministrans sumptus testetur, vel in rationem sumptuum, & expensarum redigat huiusmodi expensas. Ripa *in l. in quartam, ff. ad legem falcidiam, num.175.* Crotus *in repetit. l. frater à fratre, ff. de condict. indebiti, num.124.* Christophorus Portius *in §.1. instit. per quas personas nobis acquirat.* Antonius Gomez *dicto n.16.* & probatur *in dicta l. Nesennius, in fine, ff. de negotiis gest.* quæ est vnica in iure, secundùm Bartol. *in l. nuda, Cod. de donationibus.* Et licèt hæc limitatio communiter recepta sit, in patre tamen difficultatem habet, quia dicta lex *Nesennius*, non loquitur in patre, sed nihilominus eadem ratio est in patre, cùm ad has expensas minimè teneatur. 4

Illud tamen aduertendum est, quod in omnibus casibus, quibus filius conferre tenetur expensas secum factas à patre in studio, debent deduci ante omnia, & taxari expensæ illæ quas pater aliàs necessariò facturus erat cum filio, si apud eum moraretur; hæ enim cùm naturâ ipsâ debeantur, nec computantur, nec conferuntur. Portius *in dicto §.1. Institut. per quas personas non acquir.* Antonius Gomez *dicto num.16.* faciunt iura quæ allegat Antonius Gomez *l. sed etsi lege, §. quod autem, ff. de petit. hæredit.* & *l. ex parte, ff. famil. ercisc.* Sed 5

etiamsi nihil probent hæc iura, tamen illud fortissimum est argumentum, quod pater aliàs erat consumpturus, idque necessariò; nec illa obligatio naturalis extincta reperitur, & re vera repetitionem impedit, quia saltem naturaliter debebatur. Omitto, quod lege ciuili, vt diximus, pater compelli poterat.

6 Huc quoque pertinet expensa facta à patre in comparandis libris filio, an filius conferre teneatur, & eos sumptus pater de suo, an verò de patrimonio filij fecisse videatur? In qua quæstione Bartol. *in dicto §. nec castrense, num.2. & 3.* distinguit, & recipitur communiter eius distinctio eidem Bartolo *in l.filia, Cod. famil ercisc.* & *in tractatu de duobus fratribus, num.15.* Paulus *in l.illud, C.de collationib.* Iason *in l.filia licet, C. de collationibus, num.3.* Alexand. *in l si donatione, num.19. C.de collationibus.* Decius ibi communiter, *num.40.* Ripa *in l.in quartam, num.169. ad legem Falcid.* ex qua distinctione colligitur, quod nunquam libri sunt conferendi, nisi pater aliud dixerit. Itaque ex distinctione Bartoli aliquando conferuntur, aliquando verò minimè: sed indistinctè tenendum est libros nunquam esse conferendos donatos à patre filio, in quo ea ratio quoque Bartoli militat, quia cedunt in peculium filij, instar peculij Castrensis: glossa *in l.quæ pater, ff.famil. erciscund.* glossa *in l.filia cuius, C.eodem:* facit lex *si filiusfamilias, C.famil. ercisc.* vbi datum à patre filio eunti in militiam, castrense dicitur: ergo idem dicendum est in eo, quod datur filio eunti in studium, cùm par sit ratio, vt notat Baldus *in l.1.in fin.ff. soluto matrimonio.* Tandem hæc opinio probatur apertè *in l.5.tit.15.part.6.* & ibi Greg. Lopez *verb. Los libros.* Ex qua nostri iuris decisione cessat dubitatio illa, quam mouet Iason *in dicta l.filia licet, Cod.de collationibus*, post alios, & Baldus *in dicta l.1.ff.solut. matrimonio*, & Palacios Rubios *in repetit. rubricæ §.42.* an collatio illa, quæ negatur filio circa libros, habeat locum in filio Doctore, vel Licentiato; indistinctè enim seruanda est in Doctore, Licencentiato, & Bacchalaureo; hæ enim verborum conceptiones parum à doctis æstimantur: iuris & rerum cognitio, itemque cordata verborum copia hominem commendat; apud doctum ferè inanis titulus Doctoris, cùm passim reperiamus plures Doctores, qui docendi sint; & scholasticos, qui docere possunt. Nec hanc quæstionem tanquam inanem & nullius frugis attigit lex nostra Hispana, quæ nihil intactum relinquere solet.

7 Immò si rectè inspiciantur iura Hispana, hanc donationem factam filio causâ studij, ad scholasticum, qui actu discit, non ad eum qui desiit audire, extendunt, ita vt donatio facta à patre filio scholastico adhuc audienti valeat iure irreuocabili: & in primis est textus expressus *in l.3. tit.4. part.5.* ibi: *O le diesse libros en que la aprendiesse.* Nota verbum illud, *En que la aprendisse*, quæ nisi in scholastico audiente adhuc verificari non possunt. Et ibi: *O le fiziesse deprender alguna sciencia.* Nota verbum, *Deprender.* Rursum est textus *in l.5.tit.5.part.6.* ibi: *Otrosi dezimos, que los libros, e las despensas que el padre diesse à algunos de sus hijos, para aprender alguna sciencia en escuelas, non gelas podrien contar los otros hermanos en la particion.* Nota verbum, *Diesse*, & verbum, *Aprender.* Iure communi est textus expressus *in l.quæ pater, ff. famil. erciscund.* qui est expressus, vt donatio à patre studiorum causâ valeat, neque

filius teneatur conferre; neque quicquam Iureconsultus distinguit inter huiusmodi Doctores, Licentiatos, vel Aduocatos, vel Bacchalaureos. Hæc enim ordinum, & titulorum discrimina ignota fuere priscis illis sæculis, quos scientia, non inanis titulus commendabat; & interpretandi ius negotium solebat à Principe concedi, non verò exigebatur à quoquam, idque Adrianus Princeps respondit, vt est *in l.2.ff.de origine iuris*, & Alexander Seuerus dicere solebat, inuitum,non ambientem esse ad Rempublicam assumendum. Refert Ælius Lampridius in eius vita; multa enim sunt, quæ cùm honestè concedantur, ambitiosè tamen petuntur, *lege prima*, §.*est enim*, *ff.de variis & extraordinariis cognitionibus*, *cap.de eulogiis*, 18. *distinct.l.1.ff.de lege Iulia de ambit.* glossa *vers. præstari*, *in d.l.2.ff.de orig.iuris.* Nostra autem ætate, iudicandi facultas non petitur, sed exigitur iure proprio. Præterea lex 3.*tit.*4.& lex 5. *tit.*15. de quibus suprà, coniungunt donationem factam scholastico, & militi; donatio autem facta militi de armis valida est, quasi in peculium; igitur & ea quæ fit scholastico, qui adhuc Aduocatus non est, nec Doctor; & ita Angelus & Imola *in l.1.in fin.ff. solut. matrim.* tenent, quod scholaris, sicuti Doctor, postquàm reuera militat, possit habere peculium castrense, contra Bart. *in d.l.1.§.nec Castrense*, *num.2.ad fin.ff.de collatione bonorum*, vbi ait, nusquam scriptum esse scholasticum habere posse peculium Castrense, cùm de illo non loquatur, lex 1.*Cod.de excusationib.artificum*, *lib.*10. Egregia allegatio, & risu dignissima; verè enim nihil facit ad propositum, vt patet ad literam: loquitur enim in artificibus, quorum nulla similitudo, aut conuenientia est cum scholasticis, qui literis insudamus: & miror quidem Bartolum nos cum 8
arcariis, marmorariis, clauiculariis, immò cum brachariis, de quibus *in dict. l.1. C.de excusationibus artific.* comparare, oblitus se scholasticum. Quicquid sit, nostro iure & communi donatio facta scholastico causâ studij valet irreuocabiliter, quia iura in hoc, quicquid sit de peculio, non distinguunt inter Doctorem, & addiscentem; immò si rectè perpendantur, loquuntur in scholastico apertè. Et ita tenent nostri, Gomez Arias *in l.17.num.*34. Palacios Rub. *num.*77. Cifuentes *limit.*3. Segura *in l. vnum ex familia*, §.*sed etsi fundum*, *ff.de leg.*2.Castillo *in versic.semejante*, Antonius Gomez *in l.29.num.*16. Iason & Crotus *in l.frater à fratre*, *num.*47.*ff. de condict. indebit.* pro quibus sunt iura, de quibus suprà. Quod libentiùs aduerti, quia Tellius *in dict. l.*17. *num.*113.& 114. leuissimo argumento decedit ab hac vera opinione, & nihil aduertens ad iura, secutus communem opinionem à veriori discessit. Quod plerumque fit ab his, qui potiùs scriptorum numerosam recitationem, quàm Iureconsultorum vera responsa quæritantes, totas membranas consumunt. Et certè licèt iure communi aliqua difficultas sit, nostro tamen iure expedita res est; quosque refert Tellius, confusè admodum loquuntur, & diuersos casus 9
coniungunt, scilicet quando pater emit nomine filij ex pecunia propria; qui casus longè distat à nostro: quin & ipsa opinio quam ipse destruit, ex relatis per Dueñas *in dicta regul.*87. receptior videtur: & hæc quoque addenda sunt ad Antonium Gomez *in l.29.num.*17.

Quin & expensæ, quas pater facit in nuptiis filij, vel filiæ, & vestes quas 10
nubentibus dat, ad patrem pertinent; in quo tamen Bartol. *in dict.* §. *neque*

castrense, *num.* 9. Salicetus *in l. omni modo*, §. *imputa i*, *num.*8. *de inofficios. testamento*, Baldus *in l. filiæ cuius*, *C. familiæ erciscund. num.* 14. Ripa post antiquiores, *in l. in quartam*, *num.* 152. *ff. ad legem Falcid.* Antonius Gomez *in dicta l.*29.*num.*15. intelligunt si vestes viles sint, & quotidianæ: nam pretiosiores cùm fert filius, filiáve, vterque expensas eas in huiusmodi vestibus de suo faciunt, *l. sid vestimentum*, *ff. de peculio*, *l. peculium nascitur*, *ff. eodem*, *l. mortis causâ*, *ff. de donationibus causâ mortis*. Quod quidem adhuc intelligendum est iuxta legem finalem, *ff. de pet. hæredit.* nisi pater habeat in potestate bona filij, vel filiæ; quia si bona horum habeat, de his expendisse videbitur, ex regula dictæ legis finalis: ita tenet Romanus *in authent. ex testamento, n.* 16. *C. de collationibus.*

11 In cæteris autem donationibus, quas pater facit filio, cùm non pertineant ad expensas, nihil nobis attingendum est; vnum aduerto, non esse multùm fidendum Tellio *in l.* 17. *Tauri*, in his quæ de collationibus, seu imputationibus refert; quoniam apertè confundit veram collationum, & imputationum rationem: item in eo, quod adducit de donationibus validis, & reuocabilibus, præsertim *num.* 82. vbi contra Fabrum vult ex eius verbis contra ipsum concludere, & rursum, quod donationes quæ morte confirmantur, valeant in vim prælegati, de quibus ne confundaris, & vt iura quæ varia sunt, quadrent, aduerte diuersis temporibus diuersa iura fuisse instituta. Bartolus *in l. pater filium*, *ff. de collat. dotis*, considerat septem iura: meliùs hoc tractauit Paulus *in rubrica de collationibus*, *in C.* qui considerat nouem iura. Rursum habenda tibi ratio est donationis simplicis, & donationis ob causam: rursum earum quæ valent, & earum quæ morte confirmantur; atque in his quæ valent à principio, an reuocari possint ex causis, ex quibus perfectas donationes reuocamus: deinde quomodo in his fiant collatio, computatio, vel imputatio, vide cordatiùs & attentiùs Dominum Couarr. *in cap. Raynaldus*, §. 2. *num.*6.*&* 7. *vsque ad finem.* vbi lex 29. Tauri, & 26. declaratæ concordantur: item *lex* 4. *tit.* 15. *part.*6. & lex 3. *titul.*4. *part.*5. apertè dissidentes exponuntur, & conciliantur dilucidè, eruditè, & clarè, quæ tibi ad Tellium, vbi suprà, necessaria sunt, & sine his passim in materia collationis hallucinaberis.

12 Expensas quoque à patre factas, vt filium captum ab hostibus redimat, ipsúmque redemptionis pretium pater de suo expendit, *l. liber captus*, *ff. de captiu. & postliminio reuers. authent. si captiui*, *C. de Episcopis & Clericis*, ibi: *Eadem pœna est parentum, si redemptionem neglexerint liberorum.* In quo vide elegantem decisionem, & hanc ipsam latissimè extendentem, *in l.*3.*tit.*29.*part.*2. & *in l.*6.*titul.*7.*part.*6. & tenet Bartol. *in l. Stichus*, *in fin. ff. de peculio legat.* Bald. *in authent. ex testamento*, *num.*12. *C. de collationibus*, Fabianus de Monte, vbi alios refert, *num.*107. *in authentica nouissima*, *C. de inoffic. testamento.* Anton. Gomez *in l.*29.*num.* 29. Dominus, & Præceptor meus Antonius de Meneses *in authentica*, *Res quæ*, *C. communia de legat. num.*95. vbi *num.*96. *&* 97. extendit etiamsi filius captus sit à Christianis, attingens nobilem illam difficultatem, an capti in bello gesto inter Christianos efficiantur captiui? Vide apud eum, resoluentem idem tenendum esse, vbi *ex l.*2.*ff. de libero homine exhib.* tenet & verè, etiamsi capti à Christianis bella gerentibus non efficiantur serui, nihil tamen

tamen differre eos ab ſpecie ſeruitutis, ex quibus ad pyratas quoque concluſionem extendit, quia militat in his quoque ratio dictæ legis 2. *ff. de libero homin. exhib.* Prædicta ſemper intellige, addito eo, quod deduximus ex ſæpiùs allegata lege finali, *ff. de petit. hæredit.*

Item & ea expenſa, quam pater facit, dum condemnationem pro filio pecuniariam ſoluit, an ſit filio imputanda, quæri ſolet, in quod eſt Bartoli diſtinctio recepta *in l. Sticus, ff. de peculio legato, num.* 2. quod aut pater ſoluit ex neceſſitate, vt quia volens fideiuſſit pro filio, vel quod ſtatuto compellebatur ſoluere, & hoc caſu filio debet imputari, ipséque filius de ſuo expendat, & conferre teneatur: at verò ſi ſponte ſoluat, pietate paterna feciſſe videatur, ita vt de ſuo eroget: ſequitur Baldus diſtinctionem Bart. *in authentica niſi rogatus, num.* 8. *ad Trebellian.* & *in authent. ex teſtamento, num.* 13. *C. de collat.* ſequitur communiter Alexand. *in l. in quartam, num.* 23. *ff. ad leg. Falcid.* Ioannes Crotus *in repetitione l. frater à fratre, num.* 95. *ff. de condict. indebit.* Antonius Gomez *in l.* 29. *Tauri, num.* 20. contra quos Ripa *in d. l. in quartam,* indiſtinctè tenet *num.* 175. hanc expenſam omninò filio eſſe imputandam. Quod quidem ita accipiendum eſt, ſi cauſa condemnationis turpis filio ſit, de quo vide Speculatorem *tit. de executione ſententiæ, §. ſequitur, verſ. quid ſi filius.* Abb. *in cap.* 2. *de delictis,* Baldus *in l. omnimodo, §. imputari, C. de inoffic. teſtam.* plures allegat Gregorius Lopez *in* 2. *titul.* 19. *part.* 4. *verbo, De les pagar*: vide apud eum. 13

De expenſis quoque factis ad comparandam militiam filio, videndum eſt, an pater expendet de ſuo, an verò filio imputandum ſit? Et in primis militiæ nomine in noſtro caſu accipimus dignitatem, officiúmve, ex quo annui redditus proueniunt, *l. Lucius, la primera, ff. de legat.* 2. *l. fideicommiſſa, §. ſi ſeruo, ff. de legat.* 3. *l. his verbis, §. ſi alumno, ff. eod. l. fin. C. de pignoribus.* Bartolus ergo *in dict. §. neque caſtrenſe, num.* 4. & 6. ita diſtinguit, quod aut militia hæc vendi ſolet & poteſt, aut tranſmitti; quo caſu planè aſſerit filium æſtimationem militiæ omninò conferre teneri, & expenſas illas factas à patre in comparanda militia, ſibi, non verò patri neceſſariò eſſe imputandas: æſtimationem autem hoc caſu faciendam eſſe, quæ erat tempore mortis paternæ, *ex l. omni modo, §. imputari, C. de inoff. teſtament.* vbi Paulus *num. final. l. illud, C. de collationibus,* vbi Iaſon. *num.* 5. & 6. id explicat: at verò ſi neque vendi poſſit, aut ſoleat, neque tranſmitti, tunc minimè expenſas eas pertinere ad filium, ſed ad patrem. Bart. *in dict. §. neque caſtrenſe, verſ. ſed an id*: gloſſa Gregoriana *in l.* 3. *tit.* 15. *part.* 6. *verbo, Contar.* Ripa *in dicta l. in quartam, num.* 173. Antonius Gomez *in l.* 29. *num.* 22. quod quidem habet locum, etiamſi officium precibus patris, non pecuniâ comparatum ſit: gloſſa *in l. ſed ſi plures, §. ſi in arrogato, ff. de vulgar. & pupillari,* Paulus *in dicta l. omnimodo, §. imputari, ff. de inofficioſ. teſtam.* Anton. Gomez *vbi ſuprà.* 14

Quòd verò diximus de æſtimatione facienda, quæ erat tempore mortis paternæ, ex dicta *lege omnimodo, § imputari,* & dicta *l. illud,* vbi gloſſa *verbo, Lucrum,* id quidem verum eſt: verùm ſi æſtimatio creuerit à tempore mortis patris, vel teſtatoris, non melioratione filij, vel operâ & induſtriâ hæredis, ſed fortaſſis temporis iniuriâ; cuius viciſſitudine omnia pluris æſtimantur; tum 15

 quidem

quidem augmentum æstimationis consideratur iuxta tempus præsens, & tale augmentum cedit lucro cohæredum. Ita tenet Alexander, & verè *in dict. l. illud, num.* 3. contra Fulgosium ibi: quod quidem rationem habet, & secundùm Alexandri opinionem iudicatum est in hoc Senatu, cùm ageretur de æstimatione tabellionatus vnius ex quatuor, qui sunt in hoc Senatu nostro, cùm tempore mortis paternæ æstimaretur ad mille & septingentos ducatos, & posteà creuerat ad quinque millia, Gregorius Lopez *in l. 3. tit. 15. part. 6. verbo, Contar.*

Ex quo descendit, vt huiusmodi officia publica acquisita constante matrimonio, vtcumque acquirantur, siue precibus, siue pecuniâ numeratâ, censeantur lucra quæsita constante matrimonio inter virum & vxorem, ob idque communicanda: contrarium tenebat Gulielmus Benedictus *in capit. Raynutius, verbo, Vxorem nomine Adalasiam, de testamentis, n.* 787. & Chassaneus *in consuetudinibus Burgundiæ, rubric.* 4. *vers. Secundò*: idem tenebat Nicolaus de Vbaldis *de successione ab intestato, col.* 10. qui existimabant, hanc militiam mortuo patre non communicari cum fratribus; contra quos resoluit doctissimus Couarruias variarum resolutionum *lib.* 3. *cap.* 29. *num.* 4. 5. *&* 6. quia militia facilè vendi solet, Princepsque facilè id concedit: tum quia æstimatio conferri potest & debet. Ideóque ait æstimationem cedere viro, & vxori, & verè esse bona lucrata censenda, quæ communicanda sint; cuius opinio tenenda est contra Chassaneum & Gulielmum, de quibus vide latè Tellium *in l. 26. Tauri, num.* 9. 10. *& seq.* quare vænalia sint hæc officia. Nec existimes cum eo, militiam & tesseram esse idem; neque enim tessera à principio aliquod officium fuit, sed signum duntaxat, quo ciuis Romanus largitionibus Principum frueretur: Principes enim in fauorem populi sæpè solebant frumenta & præmia elargiri; accepturus verò huiusmodi donum, tesseram accipiebat, id est signum (id enim propriè est tessera; vnde à militantibus tessera quoque, id est signum dicitur, quod à Duce accipiunt ingredientes castra, atque his egressi, vt ab excubiis admittantur, vulgò *el sancto.*) Vide Couarr. *variarum lib.* 4. *cap.* 1. *num.* 9. Quoniam verò hæ largitiones & donaria nisi ciuibus minimè præstabantur, atque ciues per tribus erant dispositi & censiti, fiebat venditio tribus, vel tesseræ; sed tessera illud signum erat propter quod distributores largitionum donaria præstabant: ita apertè colliges præter ea quæ Couarr. adducit, ex Dione *in vita Adriani Imperatoris, folio mihi* 37. vbi de Adriano, *Dona*, inquit, *per tesserulas, separatim viris & separatim mulieribus in theatro, & in Circo dedit.* Idem Dion Cassius *in conflagratione montis Vesuuij, folio mihi* 53. *Exhibuit deinde quædam*, inquit, *ad vtilitatem & lucrum; tesserulas ligneas supernè in theatrum sparsit, in quibus signum erat, aut esculenti, aut vestis, argentei præterea vasis, & aurei, equorum domitorum, pecorum, seruorum; quæ qui excepissent, oportebat ad distributores afferre, atque ab eis quod inscriptum erat, accipere.* Hæc erat veteribus tessera, signum longè diuersum à militia; inde acceptum est à Iureconsultis, paululum deriuato nomine, pro iure percipiendi husmodi largitiones.

Militia autem, quam Græci suo nomine ςρατεῖαν appellant, redditus erat diurnus, qui singulis diebus militanti præstabatur; inde deriuatum est per
16 translationem à Iureconsultis, vt nomine militiæ publica officia, & salaria intelligantur:

intelligantur: & quamuis de militia egerint multi, pauci verò exempla adduxerunt; exemplum autem elegantissimum est apud Flauium Vopiscum Syracusanum *in vita Probi Imperatoris*, qui refert ad verbum epistolam Valeriani Augusti ad Gallicanum Muluium Præfectum Prætorio. [Miraris (inquit) fortassis, quòd ego imberbem Tribunum fecerim, contra constitutum Diui Adriani; sed non multùm miraberis, si Probum cogitas adolescentem verè probum, nunquam enim aliud mihi cùm cogito, nomen occurrit; quod nisi nomen haberet, potuit habere cognomen: huic igitur dari iubebis, quoniam mediocris fortunæ est, vt eius dignitas incrementis iuuetur, tunicas rufulas duas, pallia Gallica duo fibulata, interulas paragaudias duas, patinam argenteam librarum decem specillatam, aureos Antonianos centum, argenteos Aurelianos mille, æreos Philippeos decem millia; item in salario diurno, bobulæ pondo, porcinæ pondo sex, caprinæ pondo decem, gallinaceum per biduum, olei per biduum sextarium vnum, vini veteris diurnos sextarios decem, cum larido bubulino; salis, oleorum, lignorum quantùm satis est. Hospitia præter eidem vt Tribunis legionum præberi iubebis.] Hactenus Flauius Vopiscus. Hæc fuit antiquis militia, id est salarium diurnum, quod militantibus dabatur, posteà verò etiam non militantibus concedi cœpit. Vnde panes ciuiles, *dict.l fin §fin.Cod.de iure dotium*, aliquando annonæ ciuiles, *in authent. de non alienandis*, §.*hæc ergo*: & cùm à principio militantibus dari consueuissent, posteà retento militiæ nomine in certum redditum abierunt, vnde non malè censent, qui panes hos ciuiles existimant donatos Virgilio Maroni Poëtæ omnium illustrissimo, ab Augusto Cæsare, quos ille non admodùm faciebat, quoniam opulentum fundum parenti suo abreptum ciuili bello, & concessum militibus, ex liberalitate Augusti expectabat.

Hæc omnia pertinent ad expensas respectu alimentorum, vt pater alere teneatur filios iure quidem naturæ, nomine autem alimentorum contineatur victus, vestitus, habitatio, medicamenta, insuper & disciplina; cæteras autem impensas facit pater quo diximus modo. In patre autem, in quo fortior 17
hæc ipsa obligatio est, ita accipiendum est, vt filium alere debeat pro modo facultatum & dignitate personæ, *l.si quis à liberis*, §.*sed si filius*, *versic. deinde*, & §. *de alimentis*, *ff. de liberis agnoscendis*. Tiraquel. *de Primogenio*, *quæst.*4. *num.*33. vbi ad fratres extendit, Gregorius Lopez *in l.*2.*tit.*19.*part.*4. vbi textus expressus ibi: *E esto deue cado vno fazer, segun la requeza e el poder que ouiere, catando toda via la persona de aquel que lo ouiere de auer.* Aduertimus autem hæc omnia intelligere nos de filiis legitimis; nam in spuriis semper existimamus debilitata hæc ipsa iura naturæ.

Immò istæ facultates sunt æstimandæ pro modo redditùum; itaque si pater habeat splendididissima ædificia, & magni valoris, sed quæ vilissimos annuos redditus ferant, iuxta annuos redditus alet, neque cogendus est vendere ædi- 18
ficia. Sic resoluit Antonius Gomez *in l.*10. *Tauri*, *num.*40. Gregorius Lopez *in l.*2.*tit.*19. *part.*4. *verbo*, *La riquesa*; tenet Tellius Fernandez *in dict. l.*10. *num.*14. quamuis in spurio alendo dubitet, & meritò, de quo modò non disputamus. Facit lex *Imperator*, *ff.ad Trebellian.* & vltra omnes facit elegans ratio, quia qui centum habet in redditibus, centum videtur tantùm habere in

proprietate

proprietate, nec ampliùs; etenim si bona ipsa ampla sint, non existimandum est fundum, qui reddit decem annua, pretiosiorem esse, quàm ipsa annua decem; verum enim pretium, & vera æstimatio fundi, & cuiusque rei ex redditibus accipitur; atque adeò etiamsi ampla & magna ædificia sint, si nihil reddunt, si nullos redditus ferunt, nullius pretij sunt. Namque ex redditibus veram æstimationem cuiusque rei iudicamus, *l. si fundum*, *ff. de rebus eorum*, ibi: *Cùm vtique pro modo fructuum pretium inuenturus sit*, *l. si fundum per fideicommissum*, *ff. de legat.* 1. ibi: *Excusso pretio secundùm redditum:* & ibi Ias. *in l. si quos*, *Cod. de rescindenda vend.* ibi: *Rei qualitas & redditiuum qualitas æstimetur.* Tenet ex redditibus & fructibus æstimandum esse verum pretium cuiusque rei ex his iuribus Carolus Molin. *de Contractibus*, *quæst.* 35. *num.* 267. Itaque verè ille pauper est, qui nullos redditus habet, aut fructus eius rei, licèt res ampla & magnifica sit; nec cogendus est pater vendere fundum, cùm fundus minimè pretium inuenturus sit pro modo reddituum & fructuum, qui fructus nullus est ferè. Et hæc ipsa ratio facit in quæstione de spurio alendo, quam mouet Tellius *dict. num.* 14. vt vendere rem ipsam non teneatur, quia vendendo nihil amplius habet, quàm antea habebat; immò diminuit patrimonium,
19 in præiudicium eius cui alimenta præstanda sunt. Ad quæ iura nunquam aduertunt, qui inter hæc duo differentiam & discrimen constituunt, scilicer, quod aliud sit pretium duorum modiorum vini, & aliud pretium prædij, quod duos duntaxat modios ferat vini. Adde hæc ex his quæ notat & tradit Antonius Cordub. de Lara *in l. si quis à liberis*, *in princip. num.* 40. *& seq.* & latiùs *in §. sed si filius*, *à num.* 17. vbi latè hoc tradit.

Hæc autem alimenta, cùm omnino debeantur à parentibus & fratribus, atque omnino præstanda sint, non sunt cogendi filij aut fratres recepturi, eadem
20 recipere in domo patris: tenet Gregorius Lopez *in l.* 2. *tit.* 19. *part.* 4. *verb. Dono rem*, cum Bald. *in l.* 1. *§. ius naturale*, *ff. de iustit. & iur.* qui tamen non id indistinctè fatetur, sed in eo casu, quo dissidium futurum sit inter filium & patrem, aut inter fratres; aliàs censet alendum esse filium in domo patris, aut fratris, cum Angelo & Paulo *in l. quidam cùm filium*, *ff. de verb. oblig.* idem tenet ibi Ias. *num.* 6. per textum ibi, *domum eum propulerit:* & ita intelligi debet iuxta tradita à Gregorio Lopez Ludouicus Molina *lib.* 2. *de Primogeniis Hispanis*, *cap.* 15. *num.* 74. ita enim loquitur Arias Pinellus *in l.* 1. *part.* 1. *num.* 54. de bonis maternis, & Boerius, cæterique, quos ipse allegat: sed vt dissidium hoc vitetur, arbitrio iudicis taxantur hæc ipsa alimenta, & reducuntur in pecuniam: resoluit idem Molinæus *ibid. num.* 72. & *dict. num.* 73. *&* 74. quod talia alimenta sic taxata & redacta in pecuniam, debeant solui in principio cuiusque quadrimestris, vel quolibet anno in principio: & licèt ita ab nostris decidatur, ego autem existimo, quantitatem alimentorum, & qualitatem, modumque, & tempus, totum hoc relinqui iudicis officio, qui latè ex tempore, loco, & personarum qualitate, itemque ex viribus patrimonij & facultatibus, iustis decretis rem omnem temperabit, *arg. l.* 5. *tit.* 7. *part.* 6. ibi: *E segun que per teneciesse a ella, e aquel:* & est lex 2. *tit.* 19. *part.* 4. ibi: *E esto ene*, &c. vel etiam fundum constituit filio, vel in pecunia esse præstanda certis diebus alimenta; latissimam enim in hoc potestatem habet egregia declaratio ad Bartol. *in l. liberis*,

beris, §. *Lucius*, *num*.2.*ff.de alimentis & cibariis legatis.* Vide quæ diximus *capite proximo*, *num*.2. *ad fin.* vbi tradimus modum constituendi alimenta.

Immò potest pater, vel frater, qui præstaturus est alimenta, libens ac volens assignare filio vel fratri alendo annua alimenta in vsufructu, eo adiecto pacto, vt peracto tempore alimentorum vsusfructus ad patrem reuertatur, *l.cùm hi*, §.*si vni*, *ff. de transactionib. l. dominus*, §.*fin. ff. de vsufr.* Palacios Rubios *in repet.c. per vestras*, §.24. *num*.2. *de donationib. inter virum & vxor.* & cogitur alendus hoc modo alimenta recipere, quod quidem consultissimè faciunt qui alimenta debent: hoc pacto enim dissidia & contentiones fugiunt, & alendis quietè consulunt. 21

Hæc autem omnia recipiunt illam receptissimam interpretationem, scilicet, quod filius non sit alendus à patre, si habeat vnde se alat, aut eius artificij sit, vnde possit sibi alimenta præbere. Dominus Couarr. *in quæst*.2. *part. cap*.8.§.6. *num*.6. Dominus Anton. *de Padilla in auth. res quæ*, *C. communia de leg. n.* 74. Gregorius Lopez *in l.6.tit.*19.*part*.4.*verb. De lo suyo*, & *verb. Tal menester*, *l.si quis à liberis*, §.*sed si filius*, *ff. de lib.agnosc.l.6.tit.*19.*part*.4. ibi: *Otrosi quando el fijo ouiesse de lo suyo en que pudiesse viuir, e ouiesse tal menester, porque pudiesse guarescer, vsando del sin mal estancia de si, entonces non e tenudo el padre de pensar del.* Omnes tamen, quos adduxi, huius opinionis authores, & præterea Ludouicus Molina vbi suprà, *cap*.15.*num*.47. intelligunt legem Partitæ, & receptam sententiam, nisi tale artificium sit, vt dedecus sit id exercere, quod priùs tenuerat Bartol. *in tract.de alimentis*, *num*.22. ex qua dedecoris ratione & turpitudinis idem dicendum est si pater, vel frater curent & dent operam, vt ab ipsis alendus recipiatur in aliqua domo hospitali, & resoluit dominus Couarr. vbi suprà *d.num*. 9. & Palac. Rub. *d.* §. 23. *num*.9. post Bald. *in l. vna*, §. *sed scimus*, *C. de Latina libertat. tollenda*: alios ipsi referunt, & est opinio honestatis amicissima. 22

Adde quod etiamsi filius exhæredatus sit à patre, quo casu meritò sibi negari poterant alimenta; tamen hæres scriptus, si filius plurimùm egeat, & magna egestate laboret, alere ipsum tenebitur: tenet Albericus *in d. l. si quis à liberis*, §. *parens*, *ff. de lib. agnoscend.* idque tenet Gregor. Lopez *in d.l.6.tit.*19. *part*. 4. *verb. Padre*, contra glossam *in auth. vt cùm*, *de appel. cognosc.* §. *siue igitur*. Ego addo, quod cùm in hoc casu alimenta præstentur commiserationis causâ, non pro modo & facultate hæreditatis præstabunt, sed quantùm ad tuendam vitam pane & aqua necessum sit: tenet Baldus *in l. si maritus*, *ff. solut. matrimon.* Palac. Rub. *in repet. cap. per vestras*, *notabili* 3. §. 24. *num*. 3. Chassaneus *consilio* 39. *num*. 55. Nec in hoc admittendum censeo illud, quod de spurio disputant Doctores, scilicet, an sibi danda sint alimenta perspecta qualitate & dignitate personarum, & quantitate patrimonij; quicquid enim sit de spuriis, quod modò non disputo, in hac specie verissimum est, alimenta præstari commiserationis causâ, ob idque ex necessitate vitæ accipienda esse; quid, quòd hæres scriptus, nec hæc quidem præstat, si filius exhæredatus auos, proauósve habeat, aut fratres locupletes; quia ad hos naturali ratione iure sanguinis pertinet hæc necessitas alendi, non ad hæredem scriptum: quod cum Bartolo *in dicta l.si quis à liberis*, §.*item rescriptum*, & Alberico *in dict.* 23

§. parens, tenet Gregorius Lopez *in d.l.6.tit.19.partit.* 4. qui licèt loquantur in patre, eademmet ratio est in filio, cùm in hoc iura mutua sint, & reciproca, *ex dict.l.si quis à liberis*, & *d.l.6. iuncta l.2.tit.19.part.5.*

24 Denique illud semper aduertendum est, nullam vnquam repetitionem esse earum expensarum, quæ fiunt in alendo, vbicunque inter expendentem, & eum, cui expenditur, affectio est aliqua sanguinis, vel charitatis: textus *in l. si paterno affectu, C de negot. gestis.* vbi glossa *verbo repetiturus*, Bald. & Bartol. post reliquos, ibi: *Eius erogationis tibi nulla repetitio est. l. quod in vxorem, C. eodem*, ibi: *Sed affectioni tuæ debes expendere*: vbi priuignis & vxori præstita alimenta, atque expensæ in eam rem factæ non repetuntur: textus qui loquitur in matre, *in l. alimenta, C. eodem*, ibi: *Quæ filiis tuis præstitisti, non iusta ratione reddi tibi postulas, cùm id exigente materna pietate feceris in filia sororis.* Textus *in l. ex duobus, §. fin. ff. eodem*, ibi: *Titium si pietatis respectu, sororis aluit filiam, actionem hoc nomine contra eam non habere respondi*: vbi glossa *verb. habere*, hanc præsumptionem fundat ex charitate, & affectione: tenet glossa, Bald. Bartol. & Paulus ibi *l. is qui, ff. eodem*: vbi Paulus habendam quoque rationem esse censet sumptuum & expensarum: itaque si magnus sit sumptus, magnaque expensa ex qualitate personarum, sola affectio non sufficit ad impediendam repetitionem. Sed tum demùm affectio & charitas impediunt repetitionem expensarum, si modicè expensum sit: tenent idem Paulus,
25 Bart. & Bald. *in l. ex duobus, §. fin.* cum glossa ibi, *verb. habere*, suprà: quæ glossa est in eo notabilis, quia non facilè præsumimus donationem, *l. cùm de indebito, ff. de probat.* Itaque cùm magnus sumptus, tunc concurrunt duæ præsumptiones contrariæ, quæ mutuo concursu sese elidunt & destruunt, scilicet affectio, quâ præsumimus donatum; & magnitudo expensæ, quæ tollit donationis præsumptionem, ideóque mutuò eliduntur, *l. Diuus, ff. de in integ. restitutione*: quando autem modicè expensum est, præualet affectio, & donatum præsumitur ex eisdem iuribus, & hæc est ratio; & ita debent intelligi iura, quæ ex affectione, & charitate, amicitia, & affinitate donationem expensarum præsumunt, scilicet lex *si paterno affectu*, quæ loquitur in priuignis; & lex *quod in vxorem*, quæ loquitur in expensis factis cum vxore: lex *alimenta*, quæ loquitur in matre expendente, lex 1. *C. eodem*, quæ loquitur in expensis affectione materna, vel domestica: lex 2. *C. eodem*, in eo qui libens, ac volens nulla necessitate cogente expendit, & dicta lex *ex duobus, §. fin. ff. eod.* in expensis factis erga sororis filias: & dicta lex *is qui, ff. eod.* in eo qui amicè expendit. Habes igitur ad omnia hæc iura optimam declarationem, scilicet vt ex dictis iuribus donationem præsumamus huiusmodi expensarum, nisi expensarum quantitas perspecta personarum qualitate aliud suadeat. Hæc autem omnia recipiunt duplicem illam declarationem, nisi hi omnes testentur, se velle seruare sibi has impensas, & repetere, animúmque explicent suum, se, quasi repetituros, expendere, *d.l. Nesennius, ff. de negot. gestis.* Item si habeant bona horum, quos alunt, in potestate, *d. l. vltima & penultima, tit. 12. part.5.* vbi nouus glossator *verb. Faziendo affrentas*, hoc tenet, & probat nostram conclusionem, scilicet quod pro affectione sit semper præsumendum, nisi expensa sit magna; in quo tamen quia paruum & magnum arbitrio iudicis

deciditur,

deciditur, plurimùm poterit prudens iudicis consilium.

In tutore autem nullam huiusmodi affectionem intelligimus, vnde liberalitatem præsumamus; quia non ex pietate, vel affectione aliqua, sed officio expendit: vnde regula est, quod pupillus præsumatur alimentatus à tutore, nisi probet se aliunde alimenta habuisse, *ex l.fin.C.de alimentis pupillo præstand.* Alciatus *regul.* 1 .*præsumption.*50. Nec enim pupillus præsumitur vixisse de vento. Ex quo Bart. Imol. Alex. & Ias. & communiter Doctores *in l. cùm seruus, ff.de verb. oblig.* inferunt ad multa, vt si creditor repetat expensas in alendo equo pignorato, ei teneatur equi dominus restituere; præsumitur enim suis expensis equus vixisse, non verò de vento, *ex dicta l. fin.* Item licèt alienum pecus reperiatur in agro tuo, & damnum dederit, dominus agri non potest retinere, nisi vt cognoscat cuius est, illicóque restituere debet, saltem acceptis pignoribus; & posteà agere de damno illato, *l. quintus*, & *l. seq.ff.ad leg. Aquil.* Speculator *tit.de actore, versic.sed nunquid pecudem.* Bald. *in l.* 2. *C.de seruis fugit.* Bart. & Doctores *in l. hoc ampliùs*, §. *de his autem, ff. de damno infecto.* At verò propter alimenta præstita retineri potest, donec de ipsis sibi satisfiat, *l.in summa*, & ibi Salic. *C. de pignorib.* Certè occidere boues repertos in alieno fundo, graue delictum est: extat apud Ælianum *de varia historia lib.*5. *cap.* 14. lex Atheniensium, quâ grauissimè puniebatur qui bouem occidisset; quia, vt illi dicebant, agricola est, & humani laboris socius. 26 27 28 29

Vnum in hac materia alimentorum adnotandum est, quod mihi est difficillimum, quoniam video & antiquiores, & nouiores viros eruditionis non vulgaris in eo variasse, scilicet, an si alimenta alicui reliquantur soluenda ex certo prædio quotannis, an prædium illud sit hypothecatum pro ipsis alimentis? Quæstio dependet ex ea, an annua præstatio soluenda ex certo prædio, habeat prædium illud hypothecatum? In qua quæstione Antonius de Neuizanis *de pignoribus & hypothecis part.*2. *memb.*4.*num.*164.*vers.vigesimus-tertius casus*, latè disputando tenet, non solùm in alimentis, sed in omni annua præstatione, si annua præstatio, vel alimenta soluenda sint ex certo fundo, vel prædio, quod prædium, vel fundus sunt obligata pro alimentis & præstationibus annuis; ita quod hæc regula sit generalis, tam in alimentis, quàm in reliquis præstationibus; quod censet tanto fortiùs procedere, quantò diutiùs hæc sit quotannis soluenda. Allegat Bart. *in l. Lucius, ff. de alimentis & cibariis legat.* per textum *in l.*2.*ff.eodem*, ibi: *Et licèt ad fiscum bona fuerint deuoluta, ex quibus alimenta debeantur, præstanda sunt, sicuti si ad quemlibet successorem transissent.* Allegat etiam Bart. *in l.fundus quem, ff. de annuis legat.* vbi quod si testator relinquit centum annua super aliquo fundo, quod ex hoc est fundus ille obligatus pro annua præstatione. Allegat eundem *in l.codicillis*, §.*instituto, ff. de legat.*2. interim tamen aduerte, quod nihil horum probatur *in d.l. Lucius*, nec *in dicta l.fundus quem*; quia vtrobique adest expressa obligatio adiecta à testatore; quo casu non est locus coniecturis, nec argumentationi: patet *in d.l.Lucius*, ibi: *Obligatos eis ob hanc causam fideicommissi esse fundos meos, illum, & illum, vt ex redditu eorum alimenta suprascripta percipiant, volo.* Idem expressum est *in dicta l. fundus quem*, ibi: *Legatorum nomine, quæ in annos singulos reliquit, pignori esse voluit.* Itaque ex his iuribus argumentari in hac dis- 30

ceptatione non licet, & huius Bartolus author est, & præter eum Hostiensis *tit. de locato*, §. *quæ actio*, *vers. antepenult.* Guido Papæ *quæst.* 432. Ioannes Faber *Instit. de actionib.* §. *item Seruiana*, & Corneus *consil.* 296. post quos omnes idem in annua præstatione citra causam alimentorum tenet doctissimus Couar. *variarum resolutionum lib.* 3. *cap.* 7. *num.* 5. *vers. quartò si contractum istum*; cuius authoritas apud doctos & prudentes grauissima esse debet, qui allegat dictam legem *fundus quem*; sed re vera illa nil probat in nostra quæstione, vt diximus; fuit enim ibi apposita expressa hypotheca à testatore; ex quo ille textus aliam decidit quæstionem, quæ ad nos nihil pertinet, an per expressam hypothecam additam in dispositione censeantur disponentes recessisse ab ea hypotheca, quæ iure & lege tacitè inducta est, vt si locator domus specialem
31 sibi & expressam hypothecam acquisierit ex contractu, videatur renunciasse legali hypothecæ? de qua quæstione vide & optimè & eruditissimè disserentem D. Didacum Couarr. *in cap. Raynutius*, §. 10. *num.* 7. *de testamentis*, ibidemque ad hanc quæstionem explicat dictam legem *fundus quem.* Quod attinet ad nostram quæstionem, ille textus nihil facit. Præter hos Ias. *in l.* 2. *num.* 45. *C. de iure emphyteut.* idem censet, scilicet, generaliter annuam præstationem soluendam ex fundo aliquo, habere fundum illum obligatum. Curt. Iunior *in l. vltima*, §. *vltimo*, *ff. de contrahend. emptione*: vbi aliqui censent, esse decisionem pro hac opinione, iuncta glossa ibi, *obligatum non esse*: vbi Accursius ait emptorem illum non esse obligatum actione personali; sed de hypothecaria dubitat. Sed idemmet Accursius, nec hypothecariâ censet teneri, ibique est in alia opinione, de qua proximè dicemus, scilicet quod hypotheca inducatur respectu alimentorum, quæ singulis annis præstanda sunt, idque fauore alimentorum: cuius opinionis authores proximè referemus. Denique in omni præstatione annua soluenda ex aliquo fundo, induci hypothecam respectu fundi designati, idque generaliter, non solùm in casu alimentorum, tenet Petrus Rebuffus *ad constitutiones Regias*, 2. *tomo de constit. redditu*, *art.* 1. *gloss.* 14. *num.* 38. At verò hanc generalem decisionem plures referunt solùm ad causam alimentorum, vt in alimentis annuis soluendis ex aliquo fundo fauore ipsorum alimentorum inducta iure videatur hypotheca fundi designati; cuius opi-
32 nionis authores refert doctissimus Couarr. *in cap. Raynutius*, *de testamentis*, §. 10. *num.* 8. *ad finem*, vbi hanc disputat quæstionem, & nihil ferè decidit ex Bart. *in dict. l. Lucius*, & *in dicta l. Caius*, *ff. de annuis legat.* Rom. *consil.* 388. Felin. *in cap. ad audientiam*, *in* 2. *not. num.* 6. *de rescriptis.* Baptista de sancto Seuerino *in tractatu de pensionibus*, *quæst.* 9. Paulus de Castro *cons.* 338. *lib.* 1. Guido Papæ *q.* 576. Gigas de pensionibus *q.* 44. Mouentur ij, quia vident omnia iura, quæ ad hanc quæstionem citantur, quæque hypothecam inducunt, versari in causa alimentorum, *dict. l.* 2. *ff. de alimentis legat. l. hactenus*, *ff. de vsufruct. l. cùm ij*, §. *si vni*, *ff. de transactionib.* Hæ sunt duæ in hac re opiniones; tertiam tenet Aluarus Vasquius Lusitanus, vir selectæ eruditionis, *q.* 4. *iuris emphyteutici*, *num.* 7. vt scilicet inducatur indifferenter & generaliter obligatio fundi, si ex testamento annua præstatio, vel alimenta relinquantur; scilicet quia iuris beneficio legata hypothecam habent, quod quidem nouo iure post legem 1. *C. communia de legat.* & §. *nostra autem*, *Instit. de legatis*, nullam diffi-

cultatem

cultatem continet: quæ quidem hypotheca generalis est ad omnia bona testatoris, nec de hac ambigimus, sed vtrum antiquo iure omnino & generaliter inducta videatur, tam in legatis, quàm in cæteris dispositionibus ex sola fundi assignatione ad solutionem annuæ præstationis, vel alimenti: sed latiùs *quæst.32.num.13.* aliud tenet. Nos aliter definiendam quæstionem existimamus, ni fallimur. Aduerto verum quidem esse, omnia iura quæ ad hanc quæstionem adducuntur, procedere in alimentis: vnde constantissimum, & sine difficultate esse reor, in alimentis relictis in aliquo fundo, vel constitutis, induci obligationem fundi, vt hic casus sit citra controuersiam; tum etiam omnem annuam præstationem relictam in testamento, habere quidem hypothecam, de qua *in dicta l.1. Cod. communia de legat.* & *in dicto §.sed nostra*, quæ hypotheca omnia bona testatoris pariter afficit, non solùm designatum fundum: sed non est de hac hypotheca nostra quæstio, sed particularem inquirimus & expressam, quæ ex assignatione fundi nascatur. 33

Tertiò existimo, opinionem Bartoli, & aliorum, qui in omni dispositione generaliter ex suppositione fundi induci existimant hypothecam, verissimam quidem esse; cuius ratio ea est, quia postquam conuenimus me tibi daturum centum annua, assignato fundo vnde percipiantur, certè suppositio fundi nihil aliud videtur effecisse, quàm obligationem fundi; nihil enim aliud operari possunt verba illa; & planè in obligationibus & hypothecis inducendis magis animum, & voluntatem agentium, & contrahentium, quàm verborum conceptionem inspicimus, *l.fin. Cod.quæ res pignori obligari possint.* Præterea illa verba, *ex tali fundo percipienda*, planè verè habent fundum suppositum solutioni; ea autem suppositio nihil aliud est, quàm obligatio, idque patet ex significatione verbi *hypotheca*, quæ est suppositio; & *hypothecare* est supponere, *ex rubric. C. de prædiis, & aliis rebus minorum non alienandis, vel supponendis*, & *ex rubr. ff. eodem.* Budæus doctissimus Gallorum *in l. penult. vers.idemque esse, ff.de pignorib.* Brisonius *de verb.signific.verb.Hypotheca.* Quod si ea verba propriè inducunt suppositionem fundi, cùm ipsum supponant apertè, ipsaque suppositio est hypotheca, quid obsecro obstat cur non intelligamus ex assignatione huiusmodi inductam hypothecam: itaque ex hac ratione, iuncta dicta lege finali, *C.quæ res pign.oblig.poss.* generaliter inducta videri potest hypotheca, non solùm in causa alimentorum, sed generaliter in omni dispositione, secundùm Bart. *in d.l.Lucius, ff.de alim.& cibar.legat.* immò & Couar. doctissimus *in d.c.Raynutius*, §.10.*num.*8. dum hanc ipsam quæstionem tractat, his verbis ait: *Secùs tamen erit si promittens, aut legans diuersa oratione vtatur, in hunc modum*, lego, aut promitto centum ex fundo Semproniano; *non enim videtur pignus ex hoc constitutum, licèt ad solutionem illius quantitatis fuerit designatus ille fundus.* Allegat Bart. *in dict.l.Caius*, & *in dict.l.Lucius*: quæ decisio breuissimis verbis totam prædictam quæstionem destruere videtur. Sed ne torquearis in intellectu illorum verborum, meminisse oportet eius quæstionis, quam nostri Doctores tractant, an scilicet assignatio, & adiectio loci vel personæ vbi solutio fiat, demonstrationem faciat, an verò conditionem? Exemplum ad hanc quæstionem habes ex Vlpiano *in l.quidam testamento, ff. de legat.* [Quidam testamento, inquit Vlpianus, vel codicillis ita cauit: *Au-*

reos quadringentos Pamphilæ dari volo, ita vt infrà scriptum est, à Tellio actore aureos tot, & in castris quos habeo tot, & in numerato quos habeo tot. Post multos annos eadem voluntate manente decessit, cùm omnes summæ in alios vsus conuersæ essent: quæro an debeatur fideicommissum? Respondi verosimilius esse, patremfamilias demonstrare potiùs hæredibus voluisse, vnde aureos quadringentos sine incommodo rei familiaris extrahere possint, quàm conditionem fideicommisso iniecisse, quod initio purè datum esset: & ideo quadringenti Pamphilæ debebuntur.] Hactenus Vlpianus. Idem *in l. Firmio, ff. quando dies legati cedat.* [Firmio (inquit) Heliodoro fratri meo dari volo quinquaginta ex redditu prædiorum meorum futuri anni: posteà non videri conditionem additam, sed tempus soluendæ pecuniæ additum & prolatum videri respondi, & fructibus fundi relictæ pucuniæ non perceptis, vbertatem esse necessariam secundi anni.] Alia exempla vide *in l. si sit, §. 1. ff. de legat. 1.* & *in l. ex his verbis, ff. quando dies leg. vel fideicommis. cedat.* Ex quibus iuribus sunt aperta iura ad hanc quæstionem. Effectus huius quæstionis est, quia si adiectio conditionem facit, tunc quidem expectatur conditionis adimplementum. Itaque si mihi centum relinquis annua colligenda ex fundo Semproniano, si verba hæc conditionem faciant, fundo Semproniano alienato, vel si in illo fundo nihil habeas, nihil censebitur relictum: quod si demonstrationem faciant, omnino debebitur legatum, & aliunde soluetur. Exemplum aliud elegans est in proposito *in l. Paulus Callimacho, §. Tullius, ff. de legat. 3.* [Tullius Seuerus (inquit Paulus) decedens institutis quibusdam hæredibus, alumno suo quinquaginta legauerat, eaque à Tullio Mauro colono suo ex pensionibus fundi ab eo debitis præstari voluit; eidemque Mauro quædam legauerat. Cùm de hæreditate fiscus quæstionem mouisset, iussu procuratoris Maurus pecuniam fisco soluerat, postea hæres scriptus obtinuerat aduersus fiscum: alumno autem mortuo hæres eius fideicommis-
34 sum ab hærede Mauri petebat. Placuit Imperatori, non videri eius fideicommissum, sed demonstratum, vnde accipere posset; & ideo hæredem Seueri hoc præstare debere.] Hæc Paulus. Quæstio igitur ex Iureconsultorum verbis in eo est, an ea verba, scilicet quæ assignationem inducunt, conditionem efficiant, an verò demonstrationem, etiamsi Doctores aliter quæstionem proponant, scilicet, an assignatio loci, vel personæ ad solutionem faciendam inducat taxationem vel demonstrationem, vt effectus taxationis sit idem quod de conditione diximus ex responso Iureconsultorum. Ita proponebat hanc quæstionem Alexander del Meuo Vincentinus, qui interpretatus est publicè ius Canonicum in Gymnasio Patauino tempore Alexandri de Imola, in quodam consilio, quod ad litteram refert Gigas *de pensionibus quæst. 62. num. 29.* & posuerat Paulus de Castro *cons. 338. vol. 1.* & ante Paulum Bartol. vsus fuerat his verbis *in l. Lucius, num. 3. ff. de aliment. & cibar. legat.* Iureconsulti autem propriùs locuti, de conditione & demonstratione inducenda agunt: Caccialupus *in tract. de pensionibus, quæst. 16.* in prædicta quæstione ait recurrendum esse ad decisionem Rotæ in antiquis, *titulo de Testamentis*, incipit: *Lego pro anniuersario annali, & perpetuo faciendo pro anima mea, & parentum meorum in Ecclesia Murmuriensi duas formatas annonæ ad magnam mensuram, quas mihi*

seruiunt

*ſeruiunt Guillelmus, & Raynerius fratres in quodam affirmano quod habent in
tali loco.* Et dicit Caccialupus, quod illa Rotæ deciſio eſt fons totius huius
diſputationis; in qua deciſione quæſitum fuit, an hæredes liberentur ceden-
do actiones? contra doctos Guillelmum, & Raynerium; vel an omnino hæ-
redes teneantur ſoluere? Et reuerà in propoſito eſt elegans deciſio ad noſtram
quæſtionem, in qua receptior ſententia eſt, quod ſi legatum, donatio, vel
conceſſio, & aſſignatio perſonæ vel loci, ſint in duplici & diuerſa oratione,
& ſub diuerſis verborum conceptionibus, quod talis aſſignatio inducit de-
monſtrationem, ac ſubinde quod legatum omnino debeatur; ſi verò vnica
verborum conceptione, & vnica oratione vtrumque contineatur, quod eſt ta-
xatio, vel conditio: ita determinat prædicta Rotæ deciſio, Gigas *de penſioni-
bus, dict.quæſt.62.* Bart. *in l inter ſtipulantem, §. ſacra, ff.de verb. oblig.* Paulus,
& Alexand. *in l.Stichum qui meus erit, ff.de legatis* 1. Petrus Cinus, Salicetus,
& Bald. *l. ſi quis argentum, §.1.* ibi: *Iuxta quæro, Cod. de donationib.* Bart. *in
l.Paulo Callimacho, §.fin.ff.de leg.3.* Bart.& Paulus *in l.Lucius, §.ciuibus, ff.de
leg.2.* Romanus *ſingulari* 430. Ripa *in d.l.Stichum qui meus erit, num.12.* Pau-
lus *in l.ſi venditor, ad fin.ff.de actionib.empt.* Decius *conſ.437.col.1.* & *conſ.500.
in fin.* Ludouicus Gozadinus, qui receptiſſimam dicit, *conſ.83. num.7.* Feli-
nus *in cap.ſuper litteris, de reſcriptis, num.4.* Ioannes Andreas *in additione ad
Speculat. titulo de fructibus, verſic.5.* Practica Papienſis *in libello pro legato rei* 35
ſingul. verſic. nunc his peractis, Carolus Molinæus breuiter *in conſuetudinibus,
tit.1.§.2. num.20.* Denique ex hac recepta ſententia, & diſtinctione illud
conſtat, ſi redditus annuus legatur vel donatur cum adiectione fundi, vel
perſonæ in diuerſa oratione, & conceptione verborum, tunc fundus additus
cenſetur gratiâ demonſtrationis; itaque tenebuntur hæredes ſoluere: ſi verò
in vna eademque oratione donatus ſit vel legatus, & adiectus fundus, tunc
conditionem & taxationem, ſiue limitationem inducit, & hæredes non te-
nentur, ſed liberantur cedendo actiones; tunc enim fundus limitatè & taxa-
tiuè additus eſt & adiectus. Probat mihi textus egregius *in l.ſi ſic, §.1.ff. de
leg.1.* ibi: *Namque inter falſam conditionem, ſiue cauſam, multùm intereſt: pro-
inde etſi Titio decem quæ mihi Seius debet, legauero, nullum erit legatum; eſſe* 36
*enim debitor debet. Nam & ſi viuus exegiſſem, extingueretur legatum; & ſi debitor
maneret, actiones aduerſus eum hæres meus duntaxat præſtare cogeretur.* Ex quo
Iureconſulti reſponſo vides hæredes in nihilo teneri, immò liberari, ceſſis
actionibus. Textus egregius *in l. Lucius, §. ciuibus, ff. de legat. 2.* [Ciuibus
meis do lego chirographum Caij Seij. Poſtea codicillis vetuit à Sejo exigi,
& ab hærede petiit, vt ex alterius debitoris debito, quem codicillis nomina-
uit, eandem ſummam reipublicæ daret. Quæſitum eſt ſi poſterior idoneus non
eſſet, an integram quantitatem hæres præſtare debeat. Reſpondi hæredem
reipublicæ aduerſus eum duntaxat debitorem, qui nouiſſimis codicillis, vt
proponitur, deſignatus eſt, actionem præſtare debere.] In quo Iureconſulti 37
reſponſo vnica verborum conceptione aſſignatio & legatum continentur.

Et quamuis Doctores, de quibus ſuprà mentionem fecimus, illa ipſa diſtin-
ctione hanc quæſtionem definiant; illa tamen diſtinctio vnius, non diuerſa-
rum orationum planè eſt, nec ex Iureconſultorum verbis, nec ſententiæ
namque

namque Iureconsulti ipsi sæpè ex vna eademque oratione demonstrationem inducunt; sæpè etiam ex duplici taxationem & conditionem, idque patet ex iuribus suprà adductis: nam primùm *in d.l.quidam testamento*, vbi demonstratio inducta est, planè vnica oratio est, scilicet, *Pamphilæ quadringentos aureos dari volo, à Sempronio centum, à Titio ducentos, à Caio centum*: quæ verè vnica oratio est. Item id patet apertiùs *in d.l.Firmio*, ibi: *Heliodoro fratri meo dari volo quinquaginta ex redditu prædiorum meorum futuri anni*: hic enim à Iureconsulto inducitur demonstratio, cùm verè vnica sit oratio. Præterea *in l.si sic*, §.1. si verum amamus duplex oratio taxationem & limitationem aut conditionem facit: item *in l.Paulus Callimacho*, §.*Tullius*, *ff.de leg*.3. duplex oratio est, & taxatio inducitur; quin ipsemet doctissimus Couarruuias, decus Hispanum, quem nunquam otiosè loquutum suspicor, *in dict.cap. Raynutius*, §.10. *num*.8. *ad medium*, inquit his verbis. [Secus tamen erit si promittens aut legans diuersa oratione vtatur, in hunc modum, *lego*, *vel promitto centum ex fundo Semproniano*; non enim videtur pignus ex hoc constitutum, licèt ad solutionem illius quantitatis fuerit designatus ille fundus.] hæc Dominus Couarruuias, qui positurus exemplum de duplici oratione more Iureconsultorum obseruatâ rectâ ratione dicendi, vnicam duntaxat addit orationem loco exempli in hunc modum, *lego centum ex fundo Semproniano*; vt videas quàm miserum sit Doctorum sententias neglectis Iureconsultorum responsis sectari; doctissimus enim Couarr. quamuis de duplici oratione methodum tradiderit, tamen non potuit exemplificaturus à Iureconsultorum propria ratione diuelli.

38 Vnde ex mente Iureconsultorum, & Doctorum, de quibus suprà, quamuis ita distinxerint, nihil attendendum est ad duplicem vel vnicam orationem, sed ad id duntaxat, scilicet ad dispositionem, & executionem; hoc est, an post legatum perfectum addatur executio legati, id est vnde legatum sit soluendum; atque ita siue in vna, siue duplici oratione adiectio loci, vel personæ ad executionem & consecutionem legati iam perfecti inducit demonstrationem, veluti si dicas, *lego Titio centum annua ex fundo meo Semproniano percipienda*; hîc quoniam legatum perfectum est, & post legatum perfectum adiicitur locus vnde soluantur centum annua, ad executionem & implementum legati, etiamsi in vna oratione vtrumque contineatur, demonstratio planè inducitur. Rursùm etiamsi in diuersa & duplici oratione, si duplex illa oratio necessaria sit ad perfectionem legati, nihilque de executione agatur, erit taxatio & limitatio, aut conditio, vt est, *lego Sempronio centum annua quæ mihi Caius pro fundo Seiano soluit*: hîc duplex ista oratio nihil continet, nisi dispositionem; ideò taxationem inducit assignatio loci. Contrarium esset dicendùm si hoc modo prolatum esset, *lego Sempronio centum annua soluenda sibi ex fundo Seiano*; hîc licèt sit vnica oratio, quoniam continet dispositionem, eamque perfectam, & deinde executionem legati, demonstrationem facit, idque sentiunt Iurisconsulti: itaque si in concessione, vel legato, vel donatione redditus annui, vel in venditione nihil refert, post dispositionem addita fuerit persona, vel locus adiectus ad solutionem & executionem, dispositio illa habebit demonstrationem; si dumtaxat legatum habet perfectum, sine verbis

verbis executiuis dispositionis, erit taxatum legatum, vel conditionale: ita melius explicat Albericus *in dict. l. quidam testamento*, Bart. *in l. Lucius*, Paulus *d. cons.* 338. *lib.* 1. Decius *cons.* 324. Iacobinus de sancto Georgio *in l. si fideicommissum*, §. *Tractamus*, *n.* 7. *ff. de iudiciis.* Iason *in l. quæ dotis*, *num.* 42. *ff. solut. matrim.* agens de donatione causâ mortis: & in hoc proposito D. Couarr. *in rubrica de testamentis*, *parte* 2. *num.* 13. *versic. secunda conclusio*, *ad fin.* ex Decio *consil.* 305. & *in l. fin. de pact. num.* 21. & *in l. non omnis*, *ff. si certum petatur.* Vide simile ex Bald. *in l.* 2. *C. de falsa causa adiecta legato*, *num.* 4. vbi declarat dictam legem *quidam testamento*: horum autem varius effectus est, & quotidianus & vtilissimus in hoc nostro Prætorio; quorum aliquot referam.

Primus erit, quod hæ duæ conceptiones, scilicet, *Dexo à Fulano por via de alimentos sus frutos de tal fundo o predio*; aut si ita concipiatur, *Dexo à Fulano para sus alimentos diez cargas de pan, que me pagua Fulano de tal lugar fundo, o prædio*; sunt pura legata, & præter dispositionem nihil aliud continent; nulla enim reperiuntur verba dispositionis executiua, ideò adiectio loci, vel personæ taxationem & limitationem inducit; & ita erit dispositio limitata & definita ad locum & personam, ita vt hæredes omnino liberentur cedendo actiones legatario: quod si fundus minùs reddat, minùs erit in legato; si nihil, nihil itidem: quoniam enim limitata est ad fundum, ipsum fundum quærit, hæredes autem obligatos non habet. 39

Vnde si is qui hoc modo legauerit eundem fundum aut prædium, prælegauerit, ò *meiorare*, iuxta nostra iura, aliquem ex filiis in eo prædio, filius melioratus in prædio solus ex fundi redditu subibit legatum pro fundi viribus & facultate, reliqui fratres in nihilo tenebuntur, si nihil habuerunt in fundo, licèt aliàs hæredes patris sint legantis ea ratione, quia limitata dispositio est, & conditionalis, designata, & definita ad certum fundum.

Rursum si vendas annua centum, quæ tibi habes Compostellæ empta, vel tot modios vini, vel corbes frumenti, quos habes quotannis in tali prædio, vel quos emisti à Sempronio, certè hæc venditio limitata est ad locum; vnde si ibi redditus non sit venditori, hæredes de euictione quidem tenebuntur actione personali ex contractu, at verò reddere singulis annis redditus non tenebuntur; quia limitata venditio est, tanquam si corpus esset venditum. 40

Rursum si vendideris decem annua quæ habes quotannis ex tali fundo, vel decem modios vini, vel *cargas de pan*, quæ habes quotannis in tali prædio empta à Sempronio, atque in hunc modum emeris, emptio limitata est & definita, & taxata ad fundum; vnde priùs emptor requiret fundi possessorem, quàm vendentem. Quod si in fundo emptio conseruari non possit, tunc quidem contra venditorem ages, non quidem ad solutionem redditus, sed ad euictionem ratione contractus.

Quia licèt aliàs verum sit, quod obligatio ad solutionem annui redditus sit personalis, & quod fundi adiectio additur pro certiori, & firmiore solutione, atque ad id duntaxat accessoriè fundi nominatio, ideóque semper expectatur id quod principalius est, scilicet obligatio personalis; & ideò quamuis fundus adiectus obligatus sit in solutione annui redditus, hæredes tamen venditoris tenentur pro rata, etiamsi fundus assignatus ad solutionem prælegatus sit primogenito, 41

mogenito, vel alicui ex filiis; quia semper attendimus p rsonalem obligationem, quæ principalior est quàm hypothecaria, quæ est accessoria; quod ex fundata iuris ratione tradit Carolus Molinæus *in consuetudinib. Paris. parte 1.*
42 *tit.1.§. 11. num.12.* & D.D. Couarr. *Variarum libro tertio, cap. 7. num.5. vers. quartò si contractum.* Hæc tamen omnia vera sunt, nisi limitata & designata sit dispositio, donatio, legatum vel venditio; tunc enim fundus ad quem limitatur quærendus est directò; & ita iam semel vidi iudicatum in hoc Senatu in venditione sex modiorum vini, qui limitatè fuerant venditi. Petebat emptor executionem pro redditu vnius anni contra venditorem: dicebat ille se non teneri, fundíque possessorem esse requirendum; tunc secum agendum, ac tunc quidem non de redditu annuo, sed de euictione; & ita iudicatum est, quia limitata reperta est venditio, & redditus tanquam corpus venditus.

43 Rursum constituto annuo redditu vbi actio personalis est accessoria hypothecariæ, si res perimatur quæ obligata est ad solutionem, durat obligatio personalis ad consequendos redditus annuos, *l. creditor qui non idoneum, ff. si certum petat.* & *in l. aduersus*, vbi Bartol. & Bald. *C. de actionibus, & oblig.* At verò si taxata & limitata sit concessio redditus, tunc quidem perempta re nulla est obligatio personalis ad annuum redditum.

Rursum & illud est aduertendum in hoc casu, vbi limitata est constitutio
44 census, vel fructuum, vel redditus annui titulo venditionis, donationis, vel legati: nihil enim refert, cùm Doctores omnes, de quibus suprà; immò ratio ipsa iuris vniuersè id in omni genere dispositionis recipiant. Nulla excussio est necessaria, cùm nulla subsit obligatio personalis ad censum vel redditum, vel fructum annuum; atque in hunc sensum existimo intelligendum quod refert D. Didac. Couarr. *variarum. resol. lib.3. cap.7. num.6. in principio:* namque vbi redditus, vel census annuus constituitur actione personali, & deinceps additur fundus iure pignoris pro firmiori & certiori solutione, quamuis D.D. Couarr. dicat, quod excussio non est necessaria, vt fundi conuenias possessorem hypothecati pro consequendo redditu, quem ille tenetur soluere, aut fundo supposito cedere; tamen hoc de reiecta excussione in hoc Senatu vidi receptissimum, hodie receptum non video, expectatur enim excussio in censu annuo, sicuti in reliquis contractibus, qui præter personalem obligationem hypothecariam continent, ex regula iuris *in authentica Hoc si debitor, C. de pignoribus,* & *in l.14. tit.13. part.5.* & illa exceptio de non requirenda principali actione personali in contractu census annui, nusquam scripta est nostro iure: at verò si venditio limitata sit, tunc ad possessorem necessariò directò eundum est pro redditu consequendo, nec conuenitur principalis vllo modo pro redditu, sed nec actione ex contractu ad euictionem, nisi è conuerso facta excussione in fundi possessore ratione fundi: quod genus excussionis est mirabile & verissimum, si modò excussio propriè dici possit.

Contrarium omnino dicendum est, vbi redditus, census, annua præstatio,
45 vel fructus conceditur, legatur, vel donatur duplici oratione, quarum altera dispositio, altera verò executio perfectæ dispositionis continetur, in hunc modum, *Dexo à Titio diez cargas de pan por via de alimentos, las quales quiero aya y lleue en el mi lugar y heredad, o fundo de tal*; hîc etenim quoniam sunt verba

dispositiua

dispositiua & dispositionis executiua, non est adiectio fundi ad taxationem, sed ad demonstrationem. Rursum si dicat, *Dono Titio centum annua, quæ volo Titium consequi à Sempronio colono meo*; hîc quoque demonstratio est. Rursum si vendas centum modios vini vel corbes frumenti, & addas, *Los quales aya y cobre del mi lugar, o fundo de tal parte*; certè demonstratio est in illa adiectione fundi, ideóque hæredes tenentur, etiamsi in loco adiecto nihil habeat testator aut donator; sunt enim verba inducentia dispositionem, & post dispositionem perfectam, adiiciuntur verba dispositionis executiua; quo casu intelligimus demonstrationem, non verò taxationem; idque etiam intelligendum est in exemplo quod adducebat D.D. Couarr. *dict.* §. 10. *num.*8. scilicet, *Lego vel promitto centum ex fundo Semproniano*; quia verbum illud, *ex fundo*, 46
est executiuum, *ex l. Firmio, ff. quando dies legat. cedat*, ibi: *Heliodoro fratri meo dari volo quinquaginta ex redditu prædiorum meorum futuri anni; non videri conditionem additam respondi.* In hoc ergo secundo casu intelligo omnia suprà adducta longè aliter; namque primùm hæredes omnino tenentur pro portionibus hæreditariis soluere redditum annuum, etiamsi fundum qui ad solutionem destinatus est, & assignatus, aut demonstratus, prælegatus sit primogenito, vel alicui ex filiis; quia prudens consilium patrisfamilias animaduertimus, qui faciliorem solutionis rationem ostendisse hæredibus intelligitur, *ex dict. l. quidam testamento.*

Inde etiamsi testator alienet fundum demonstratum ad solutionem, legatum nihilominus debetur; idem obseruandum est, si chasmate pereat, quia demonstratus est hæredibus ad solutionem.

Immò si fundus hic demonstratus ad solutionem, & prælegatus vni ex fratribus, euincatur ab omnibus, defenditur; & si euincatur cum condemnatione expensarum, pro portionibus hæreditariis expensæ soluuntur, quia expensæ actione personali debentur, non verò pro portione & parte quam quisque facit in fundo: ita in simili dicebat Carol. Molinæus *part.*1. *tit.*1.§. 11. *in consuetudinibus Parisiensibus, num.*27. 47

Denique in quæstione illa quam tractabamus, an ex suppositione fundi, vnde annua præstatio soluatur, resultet hypotheca fundi assignati? in qua quæstione opiniones retulimus, de quibus superiùs, si vera est opinio D.D. Couarr. *d.*§.10.*num.*8. nunquam contingere potest casus, in quo verificetur quæstio: namque si fundus assignatur limitatè, vel taxatiuè, verissimum est, cùm desit obligatio personalis ad redditum, nec venditor vlteriùs teneatur, 48
quàm de euictione, immò neque hæredes ipsius, cùm fundi illius redditus, vel fructus legatus venditúsque sit veluti corpus, non posse induci hypothecam; quia ea sine actione personali consistere non potest, saltem à principio: nam ex postfacto benè reperitur hypotheca sine actione personali, perempta actione personali tempore. Tempus enim plus operatur, & maiores vires habet contra actionem personalem, vtpote debiliorem, quàm contra hypothecariam, vtpote realem, & ideò fortiorem, *l. intelligere debes, C. de luitione pignoris. Intelligere debes*, inquit Imperator, *vincula pignoris durare personali actione submota.* Cùm igitur à principio consistere non possit, cúmque assignatio fundi taxatè & limitatè non inducat actionem illam personalem, quæ

fundamentum sit hypothecariæ, vt diximus, coacta ratione intelligendum est, eo casu, quo fundus adiicitur taxatè, non induci hypothecam fundi, cùm magis fundus ipse assignetur tanquam corpus, non vt obligatus in subsidium, qui est effectus hypothecæ.

Rursum si fundus adiiciatur demonstratiuè, duplici illa oratione, quæ dispositionem, & executionem dispositionis contineat, tunc quidem adhuc idem dicendum videtur, authoritate D. Didaci de Couarr. *d.* §. 10. *num.* 8. *ad medium*, qui allegat glossam & Bart. *in dict. l. Caius*, *ff. de annui. legat.* & est glossa *verb. Nec in rem*: quæ glossa non diffitetur fundum fuisse suppositum, sed non inducit obligationem ex hac suppositione, nisi in causa alimentorum. Itaque Accursius benè fatetur fundum esse suppositum quando demonstratur ad redditum; sed quia videt iura solùm inducere obligationem hypothecariam in causa alimentorum, vt *dict. l. hactenus*, *ff. de vsufructu*, non ex defectu suppositionis, sed ex defectu iuris, quo hæc suppositio obligatio dicatur, ad solam alimentorum causam refert hypothecam: ex qua Accursij sententia saltem obtinebimus illud, scilicet, fundum demonstratum ad solutionem diuersa oratione, supponi quidem; ex illa autem suppositione non induci hypothecam, quia id nullo iure constitutum sit: vnde nec in priori casu, vbi taxatè ponitur fundus; neque in secundo, vbi demonstratiuè inducitur hypotheca, bene colligi potest vnquam induci hypothecam ex assignatione, & suppositione fundi.
49 Est enim argumentum à sufficienti partium enumeratione, scilicet, nec hoc, nec illud, nec est tertium, vt aiunt Dialectici; quod argumentum facit euidentiam rei, *l. arbor*, §. *si tibi*, *ff. si cert. petat.* vbi Iureconsultus, & Accursius hoc genere argumentationis vtuntur. Hæc omnia adde his quæ breuiter scripsit Antonius Corduba de Lara *in l. si quis à liberis*, §. *sed virum*, *ff. de liberis agnoscendis*, *num.* 33. his enim egent interpretationibus.

50 Vt tamen dicebamus, Accursius non negat in casu quo fundus adiiciatur demonstratiuè, suppositionem fundi, sed illam suppositionem non extendit ad pignus vel hypothecam; scilicet, quia videt ex iuribus quæ allegat *in dict. l. Lucius*, & *in dict. l. Caius*, id solùm dispositum esse à Iureconsultis in alimentis, in aliis autem annuis redditibus cùm non videat inductam hypothecam ex suppositione huiusmodi, ex defectu iuris id duntaxat recipit in causa alimentorum: nec quicquam in hac re facit, vti dicebamus, lex finalis, §. *fin.* *ff. de contrahend. emptione*, vbi Iureconsultus de hypotheca nec verbum: & sensit Accursius ibidem, dum de hypotheca mouet quæstionem.

51 Vnde cui placebit opinio eorum qui tenent pignus nuda conuentione contrahi posse, ac subinde suppositionem fundi esse verè hypothecam, cùm verbum *hypotheca*, nihil aliud sit quàm suppositio, veréque fundus demonstratus supponatur, ac subinde obligetur; ex demonstratione fundi inducent hypothecam, quod mihi verissimum est: quamuis enim in fauorem hæredis assignatus fundus fuisse videatur, vt facilior sit hæredi solutio, *ex dict. l. quidam testamento*; nihil tamen vetat quod ad firmitatem quoque legati intelligamus demonstratum, cùm æquè velit testator dispositionem suam adimpleri; immò cum ab hærede suo reliquerit, magis relicto prospexit, quàm hæredi; inde videbis quid tibi adhærendum sit cum doctissimo Couar. qui Iureconsultis assuetus

sæpe

ſæpe obſeruata methodo Iureconſultorum vno verbo difficillimas ſententias, & prolixè diſputatas complectitur: rurſum dubitationem Curtij Iunioris *in l.final.ff.de contrah. emptione*, explicabis,& varietatem Bart. *in d.l.Caius*, & *dict. l.Lucius* & *in dict.l.fundus quem*, vitabis, intelligeſque latiſſimam diſputationem Gigantis *tract.de penſionibus*, *quaſt*.51. & Pauli de Caſtro *conſil*.338. & Romani *conſ*. 388. de quibus ſuprà, idque obſeruatis regulis, de quibus égimus.

Quæ autem diximus omnia de alimentis, locum quoque obtinent reſpectu 52
filiorum erga parentes; eſt enim in hoc ius reciprocum & mutuum; eodem enim iure naturali, quo parentes filios ſuos alunt, eodem quoque filij parentes alere tenentur, *l. ſi quis à liberis*, §. *parens*, *ff. de liberis agnoſcend*. [Parens (inquit Vlpianus) quamuis ali à filio ratione naturali debeat, tamen æs alienum eius non eſſe cogendum filium exſoluere, receptum eſt.] Vbi gloſ. quoad alimenta hoc ius naturæ recipit:doctiſſimus Alfonſus de Caſtro *de iuſta hæretic. punitione*, *cap. vlt*. contra Bart. qui *in dicto* §. *parens*, arbitratur alendos quidem parentes à liberis, non naturali aliquo iure, ſed ratione naturali, quam rationem naturalem ille ius gentium vocat; fundatur, quia Iureconſultus vtitur eo verbo, ſcilicet, *ratione naturali*, in dicto §. *parens*: in hoc autem, vt dixi, parum fidendum eſt verbis, cùm nomine rationis naturalis, ſæpè ius naturale, ſæpè gentium intelligamus, & differentiam inter vtrumque ius aliunde, quàm ex verbis venemur, ſcilicet an illud ius receptum ſit cæteris animantibus, an nobis hominibus, & ſolis commune: vnde cùm videamus hoc ipſum ius nobis, & animantibus commune, dicendum eſt, verbis illis, ſcilicet, *ratione naturali*, intelligendum eſſe ius naturale, vt diximus *cap. proximo*, *num*.15.& 16. receptum enim eſt ciconias pietate præclaras, vt
genitores ſenecta confectos inuicem educent, & alant: quod tradit Plinius 53
lib.10. *cap*.23. vnde eſt illud quod tradit Suidas, antiquitus in Regum ſummo ſceptro ciconiæ figuram apponi ſolere, in imo verò hippopotamum; quo ſymbolo admonebant Reges pietatem plurimi facere oportere, violentiam verò cohibere. Sicuti enim ciconia defeſſos ætate parentes alit, ita hippopota-
mus animal efferum ac violentum enecat; quod adeò impietate præcellit, vt 54
interfecto patre, matrem ineat, teſte Plutarcho in libello illo, cui titulus, Vtra animantia ſint prudentiora, terreſtria, an aquatilia; vnde Græcis dictum eſt vulgari verbo, ἀντιπελαργεῖν, id eſt mutuum officium reddere, πελαργὸς enim ciconia eſt: ex qua ciconiæ inſigni pietate rectiùs exiſtimandum eſt, pietatem illam erga parentes naturalem eſſe, vt iure naturæ nobis cum animantibus communi alendi ſint parentes, *l.6. titul*.15. *part*.4. ibi: *Eſſo miſmo*
dezimos, que el fijo deve fazer contra ſu padre. Vnde dubitandum eſt de ea ſen- 55
tentia, quam vt receptam refert Franciſcus de Ripa *libro* 1.*reſponſorum*, *cap*.7. ſcilicet, quod legitima debita parentibus tolli omnino poſſit; verè enim impia opinio eſt, & malè de parentum rebus commerita, ex his quæ diximus capite proximo. Cùm enim ius alendi parentes à natura ſit cognitum brutis animantibus rationis expertibus, quæ præter ſenſum nulla alia ratione reguntur, quî fieri poteſt vt tolli poſſit omnino hoc ius lege ciuili, præſertim quoad alimenta neceſſaria ad tuendam vitam. An viuet in otio filius lautus &

 pinguis,

pinguis; parens verò qui eundem genuit, aluit, & educauit, egebit? Vigeat apud barbaros ea lex, nostra verò sententia piis, & cordatis hominibus comprobetur.

56 Ex quo fit, vt mater impuberis, cui à patre facta est substitutio pupillaris expressa, mortuo impubere habeat quidem alimenta à substituto, etiamsi ab hæreditate filij impuberis iuris potestate eiiciatur: ita tenent Ripa *in l.2. ff. de vulgari & pupillari, à num.45.* Zazius *in tractatu de substit. titulo de pupillari, num.22.* Couarr. *in cap. cùm esses, de testamentis, numer.2.* Gregorius Lopez *in l. 7.tit.5.part. 6. verb. El mouo*, de quo est textus *in l. si quis à liberis, §.idem rescriptum, ff.de liber. agnoscendis. Item rescriptum est*, inquit Vlpianus, *hæredes filij ad ea præstanda, quæ viuus filius ex officio pietatis suæ dabat, inuitos cogi non oportere, nisi in summam egestatem pater coniectus sit.* Hoc enim descendit ex necessitate iuris illius naturalis, filiis naturâ ipsâ inditi, vt egentes genitores alant, & mutuam gratiam referant: cumque verum sit, & iure Ciuili, & Canonico, & Regio constitutissimum, per expressam pupillarem substitutionem matrem excludi à portione legitima filij, non solùm in bonis parentis, sed in bonis ipsius pupilli, *l.Papinianus, §.1.ff. de inoffic. testament. cap. si pater, de testament. lib.6. l.7. tit.5. part.6.* Bart. & Doctores *in l.2. ff.de vulg. & pupillari*, quia testamentum illud, testamentum patris intelligitur, à quo matri pupilli nulla portio legitima debetur, vbi *in dict. §.sed neque impuberis:* hæc tamen ratio non tollit seminaria naturæ, & vincula fortissima filij erga genitricem, quæ filium gestauit, pernox sæpè toto mense; vt inhumanum satis videatur matrem perempto filio amantissimo, propter odium sæpe coniugis, & animi malignitatem à luctuosa hæreditate impuberis iuris quodam mero figmento propelli, quem ipsa volens nolensque omnino habitura erat hæredem; cùm etiamsi ex voto filiis nostra cuncta paremus, *l. nihil interest, ff.de bonis libert.* cumque ratio naturalis quasi lex quædam tacita parentum hæreditatem liberis adiiciat, ad debitam successionem iure quodam naturæ eosdem vocando, vnde sui hæredes parentibus nuncupantur, *l. cùm ratio, ff.de bonis damnatorum*; adeoque hæc ipsa liberorum successio iucunda parentibus est, vt pater instituens filios dulci fungatur officio, *l.1.ff. de his qui sibi in testamento adscribunt*; cumque verum sit esse quidem fortiorem successionem filiorum in bonis parentum, quàm patrum in bonis filiorum, ex hoc voto quod natura indidit vniuersis parentibus, qui filios suos cupiunt sibi successores, *l.nam etsi parentibus, ff.de inoffic.testam. l.scripto, ff. vnde liberi*; miserè tamen matrem ab hæreditate filij excludi miserum est, & impietate plenissimum. Vnde iura illa impia multis visa sunt; neque tamen cùm hæc scribimus, eam opinionem probamus, quâ à viris doctissimis receptum est, eam decisionem quâ mater ab hæreditate impuberis excluditur propter pupillarem expressam substitutionem, non esse propter impietatem, quam habere videtur, obseruandam in foro, quod conscientiæ appellatur, cuius author Archidiaconus refertur *in cap.si pater, de testamentis, lib.6.* vbi Dominicus post ipsum, & post hos Philippus Decius *in l. precibus, Cod.de impuber. & aliis*, & ibi Corrasius *num.29.* Faciunt quæ tradit Bald. *ibid.vers. circa tertium*, & quod notat Innocent. *in cap. quia plerique, de immunitate Ecclesiarum*,

rum, quod vbi lex ciuilis repugnat naturali æquitati, in foro interiori non ſit ſeruanda: vnde volebant ſubſtitutum pupillarem bono animo non poſſe obtinere hanc pupilli hæreditatem excluſa matre, ideoque poſſe per denunciationem Euangelicam compelli ipſam matri reſtituere, ex his quæ notat Bartol. *in extrauaganti ad reprimendum, verb. per denunciationem*; quodque notabat Gregorius Lopez *in dict. l. 7. tit. 5. part. 6.* veriſſima enim opinio eſt contra Archidiaconum, & qui eum ſequuntur. Quod quidem latiſſimè reſoluit Dominus Didacus Couarruuias *in dict. cap. cùm eſſes, num. 2.* & *in cap. Raynutius*, §... *ad finem*, & Gregorius Lopez *in d. l. 7. tit. 5. part. 6.* Cùm enim lex ita ſcripta ſit, nequeunt homines contra ipſam, ſed ſecundùm ipſam iudicare, *cap. in iſtis*, 4. *diſtinct. In iſtis temporalibus legibus*, inquit Auguſt. *quamquam de his homines iudicent cùm eas inſtituunt, tamen cùm fuerint inſtitutæ & firmatæ, non licebit iudici de ipſis iudicare, ſed ſecundùm ipſas.* Non igitur opinionem Archidiaconi ſequimur, ſed cupimus emendationem eius iuris, quod naturali rationi contrarium eſt; ideoque exiſtimamus obſeruandam legem & expectandam emendationem; neque cum Corraſio exiſtimamus iniquam eſſe deciſionem, parum tamen piam eſſe fatemur; cùm, vt alia omnia omittam, tollat remuneratoriam illam gratiam, quâ erga matres benefici eſſe debemus.

CAPVT V.

De malæ fidei poſſeſſore vtiliter vel voluptariè expendente.

Notabilia ex capite quinto.

1 *Vtiles expenſas malæ fidei poſſeſſor non deducit, ſicuti neceſſarias, ſed abradit.*

2 *Idem quoque iure noſtro Hiſpano deciſum eſt lege Partitæ.*

3 *Hæc abraſio intelligenda eſt ſine damno, & interitu rei, aliàs non conceditur: & ibi intellectus* ad l. 1. C. de infantibus expoſitis, *&* ad l. ſin autem, §. ſed ſi ſeruum meum, ff. de rei vendicat.

4 *Agitur de lege* planè, ff. de petit. hæreditatis, *quod pugnet cum lege* domum, C. de rei vendicatione.

5 *Conciliantur hæc duo iura, adductâ differentiâ inter rei vendicationem & petitionem hæreditatis.*

6 *Aliqua eſſe particularia in petitione hæreditatis, & defenditur ſolutio contra nouiores, & diſtinguuntur aliquot iura:* & num. 7.

8 *Iure noſtro Hiſpano diſtinctio Bartoli antiquata in petitione hæreditatis, & in rei vendicatione abraſio conceſſa.*

9 *Voluptatis expenſas malæ fidei poſſeſſor ex Accurſij ſententia amittit, ex Iure*

Iureconsultorum verò abradit; & adducitur notabilis lex ex duobus fratribus, ff. de negotiis gestis; *vt ædificia ampla plerumque ad voluptatem pertineant.*

10 *Iure nostro Hispano lege Partitæ Accursij sententia probatur, contra Iureconsultorum aperta responsa.*

11 *Distinctio inter ædificantem de nouo in alieno, & reficientem aliena, cognita Iureconsultis, & de lege* vtiles, *&* §.ex diuerso, *quod ex hac differentia concilientur, contra nouiores:* & num.12.

13 *Nostro Iure Hispano lege Partitæ hac distinctio comprobata iuris dispositionem diuersam facit.*

14 *Noua conciliatio ad illa iura ex sententia Domini Francisci Sarmiento; & ratio conciliationis ab ipso adducta.*

15 *Impugnatur hæc ipsa conciliatio ex iuribus, quæ pro se adducit.*

16 *Separatio & abrasio concessa est semper malæ fidei possessoribus meliorationum vtilium, & voluptatis sine læsione rei.*

17 *Exceptio doli, de qua* in l.Paulus respondit, *nunquam conceditur malæ fidei possessori, vnde dicta lex* Paulus respondit, *semper in bonæ fidei possessore venit intelligenda:* & num.18.

19 *Vendicatio materiæ separatæ quando competat, & quomodo ædificatori, vel reædificatori malæ fidei: & de lege* 2. Cod. de rei vend. *&* §. ex diuerso, *& defenditur glossa contra nouiores; & de solo & superficie.*

20 *Ædificium constructum in solo alieno, quantumvis bona fide, regulariter eius est, cuius & solum, idque iuris potestate voluntatem interpretantis. Defenditur Accursius; & an idem censendum sit de meliorationibus; & quomodo in vtrisque animum donandi materiam intelligamus;* & num.21. 22.& 23.

24 *Quàm verum sit, dominium rei legatæ transire rectà in legatarium iuris potestate*, ex l.à Titio,ff.de furtis.

25 *Ædificans in publico soluit vectigal, quod à solo solarium est dictum. Egregia declaratio ad pragmaticam Regiam, quâ conserenti vineas in publico vectigal imponitur.*

26 *Aliquando voluptatis, & vtiles meliorationes à malæ fidei possessore factæ recuperantur, non per abrasionem solùm.*

27 *Contra Molinæum intellectus* ad l.si pupilli, §.sed & si quis negotia, ff. de neg. gestis.

28 *Declaratio ad leges Partitæ ex superioribus traditur.*

29 *Traditur declaratio quoque ex his* ad cap.1. *de in integrum restitutione; quodque variè sit decisio illa intelligenda.*

30 *Quod leges concisæ sint, & ex aliis legibus recipiunt interpretationem.*

1 Equitur nunc vtilis impensa, quod attinet ad malæ fidei possessorem, vt talis malæ fidei possessor non conseruet vtiles expensas, nec deducat, aut consequatur aliqua actione, sed duntaxat abradat; huic enim abrasio permissa est: textus *in l. domum, C. de rei vendicatione*, vbi scriptum est, malæ fidei possessores, eius quod in rem alienam

nam impendunt, non eorum negotium gerentes, quorum res eſt, nullam habere repetitionem, niſi neceſſarios ſumptus fecerint; ſin autem vtiles, licentia eis permittitur ſine læſione prioris ſtatus rei eos auferre: vbi Paulus *num.*3. id ipſum tradit. Cui conuenit lex 4. *tit.*28. *part.*3. ibi: *Otroſi dezimos, que ſi el fizo deſpenſas que fueſſen provechoſas al heredamiento, o a la caſa agena,* 2
de que era tenedor, que ſi las fizo en buena fé, cuydando fazer en lo ſuyo, que las deve cobrar, maguer non ovieſſe meneſter de las fazer; mas ſi las fizo aviendo mala fé, ſabiendo que el heredamiento à la caſa que era agena, ſi el ſeñor que la vencio en juyzio non gelas quiſiere fazer pechar, puede ende el otro levar la labor que fizo y fazer. Atque vt rem iſtam perficiamus, intelligendum eſt hanc abraſionem concedi ſine damno & interitu ipſius rei, *d.l.domum*, ex qua recipit declarationem dicta lex 44. & probatur elegantiſſimè *in l.*1. *Cod.de infant.expoſit.* 3
in ſecundo caſu artificij edocti; ideo enim ibi poſſeſſor malæ fidei expenſas eas vtiles artificij edocti non deducit, quia etiamſi abradere artificium ab infante velit, non poteſt; ob idque ibi non fit deductio expenſarum vtilium, ſcilicet doctrinæ edoctæ, quia vtilis expenſa eſt, quæ repeti à malæ fidei poſſeſſore non poteſt; nec abradi & ſeparari ab infante ſine interitu ipſius infantis: elegans ad hoc textus, qui ex hac ipſa declaratione explicatur, *in l.ſin autem*, §.*ſed ſi ſeruum*, *ff.de rei vendicat. Sed ſi puerum meum* (inquit Paulus) *cùm poſſideres, erudiſſes, non idem obſeruandum Proculus exiſtimat: quia nec carere ſeruo meo debeam, nec poteſt remedium idem adhiberi, quod in area dicimus.* Hæc Paulus, cuius reſponſum ex Proculi ſententia elegans eſt, quòd in puero edocto non poteſt remedium idem adhiberi, quod in area meliorata admittitur, ſcilicet abraſio meliorationis; diſciplina enim ſerui abradi non poteſt: quæ addenda ſunt his quæ diximus *ad dict.l.*1. *Cod.de infantibus expoſit.* ex his enim illa in vtroque caſu alimentorum & doctrinæ remanet expoſita.

Nec quicquam contra hæc, quæ de abraſione ſcribimus, facit lex *planè*, 4
ff.de petitione hæreditatis, ibi: *Planè ſic poteſt in eo differentia eſſe, vt bonæ fidei quidem poſſeſſor omnino quidem, licèt res non extet, in quam fecit, ſicut tutor vel curator conſequatur; prædo autem non aliter quàm ſi res melior ſit facta.* Hæc Paulus, quæ difficultatem habent præmiſſa priori parte dictæ legis *planè*, vbi de vtilibus, non ſolùm de neceſſariis expenſis agit Paulus, ibi: *Planè in cæteris neceſſariis & vtilibus impenſis poſſunt ſeparari.* Paulus enim poſſeſſori malæ fidei conſeruaſſe videtur vtiles expenſas, nec quicquam de abraſione curat, 5
contra dictam legem *domum*, *C. de rei vend.* vbi cùm malæ fidei poſſeſſori eius, quod in rem alienam impenderat, & contra omnia, quæ diximus *c.*2. *num.*10. in vtilibus ſolam abraſionem ſupereſſe dicat malæ fidei poſſeſſori, conciliatio petenda eſt ex gloſſa *in* §.*certè*, *Inſtit. de rerum diuiſione*; quam allegat & approbat Bart. *in l.in fundo*, *num.*2. *ff.de rei vend.* Conſiderant diſtinctionem inter petitionem hæreditatis, & rei vendicationem, vt ſcilicet in petitione hæreditatis malæ fidei quicumque poſſeſſor vtiles conſeruet expenſas, cùm in eo reſpectu eius qui hæreditatem petit, æquitas verſetur, ne cum aliena iactura petitor diteſcat; namque petitito hæreditatis plerumque competit ei, qui verè dominus non eſt, ad petitionem hæreditatis ſufficit titulus hæreditarius; vnde reſpectu eius qui hæreditatem petit, cùm dominus verè non ſit, rei melio-

ratæ vtiliter, malæ fidei possessor integrum habet ius suarum vtilium expensarum, & liberas quoad petitorem hæreditatis habet ædes, respectu meliorationum vtiliter factarum; ob idque meritò ab eo deducuntur, & retinentur, & petuntur, ne petitor ditescat cum iactura meliorationum earum, in quibus adhuc integrum ius habet rei possessor, quamuis malæ fidei; ideo huiusmodi possessori conceditur abrasio, retentio, & separatio: in petitore enim hæreditatis solum titulum hæreditarium ius considerat, non dominium, *l. & non*
6 *tantùm, ff. de petit. hæreditatis*, ibi: *Sicut illa quarum nomine publiciana competit*; quæ competit cùm à non domino testator emit: contrà verò in rei vendicatione, quæ domino conceditur, longè aliud statuendum fuit, scilicet, posse eas expensas quæ cum re, & in ipsa re reperiuntur, domino quæri, nisi abradi malæ fidei possessori possint sine læsione rei ipsius; & ita procedit lex *domum*, & lex *in fundo*, *ff. de rei vendicat.* Nec est solutio diuinatoria, cùm educatur ex iuris principiis; suntque aliqua particularia in petitione hæreditatis, quæ non reperiuntur in domino vendicante, *dict. l. planè*; vbi perempta re meliorata, melioratio recuperatur, contra notissimas iuris regulas, propter naturam & particularem rationem eius actionis, ibi: *Vt bonæ fidei possessor expensas omnino deducat, licèt res non extet.* Nec contra hanc conciliationem quicquam facit lex 2. *Cod. de rei vend.* & §. *ex diuerso*, de quibus *num.* 12. *& seq.* agemus. Illæ enim leges singularem considerationem habent in eo, qui ædificat de nouo, in quo longè alia iuris ratio stabilita est, quàm eius qui reficit, vt dicemus. Nec rursum cum lege *domum*, concordat lex *vtiles*, *ff. de petit. hæred.* namque dicta lex *domum*, primo loco de necessariis agit expensis, de quibus modò nulla controuersia est, postremo loco de voluptariis expensis nihil agit, sed de vtilibus: at verò dicta lex *vtiles*, solùm de voluptariis agit; ideò ambo ea iura, ne temerè misceantur, nullâ conuenientiâ quadrant, nec pugnâ aliquâ discrepant; nec rursum cum ipsis pugnant dicta lex 2. & §. *ex diuerso*; quia hæc in ædificatore, illa in reficiente intelliguntur; de qua ratione diuersitatis mox pauca dicemus, nunc tantùm iura ipsa distinguimus.

7 Patet ergo, vtiles expensas amitti malæ fidei possessori, nisi abradi possint sine læsione; in petitione autem hæreditatis, vbi dominus non est petitor, retineri à malæ fidei possessore; quia quoad illum integrum ius retinet possessor, quantumvis malæ fidei; at verò iure nostro Hispano hæc distinctio anti-
8 quata est, *ex dicta l. 44. tit. 28. part. 3.* quæ confundit vtrumque iudicium, vendicationis & petitionis hæreditatis, ibi: *Mas si las fizo auiendo mala fé, sabiendo que el heredamiento, o la cosa que era agena, si el señor que la vencio en iuyzio non gelas quiesiere fazer pechar, puede el otro ende levar la labor que fizo y fazer.* Nota verba illa *Heredamiento*, & verbum, *Casa.* Alterum enim hæreditatem significat, & ad petitionem hæreditatis referendum est; alterum autem verbum, scilicet, *Casa*, ad iudicium particulare, scilicet, vendicationis; vnde non perperam in antiquis libris non *casa*, sed *cosa*, legitur; quod verbum significantiùs est: hodie tamen *casa*, legitur. Vtrumque autem verbum conueniens est ad tollendam eam distinctionem. Quæ quidem addenda sunt ad ea, quæ tradit Tiraquellus *ad l. planè, de retract. 2. parte*, §. 7. *num. 1. glos. 5.* & ad Carolum Molinæum 1. *parte consuetudinis Parisiensis, titul. 1. gloss. 5. num. 87.*

&

& ad Gregorium Lopez *in dicta l.44. tit.28. part.3. verb. Ante entregar*, & ad Antonium Gomezium *in l.46. num.2. in legibus Tauri.* Omitto quos ipsi allegant, quibus ex his non parum lucis adhibetur circa vtiles expensas à malæ fidei possessore factas.

Voluptarias expensas malæ fidei possessor nec deducit, nec abradit: glossa 9
finalis *in fin. in dict. l.in fundo*, vbi Bart. anxiè distinguit, & subdistinguit multa cumulando: cum glossa tenet Angelus *in §. certè, Institut. de rerum diuisione*; de iure autem verior opinio est, vt sicuti in vtilibus, ita & in voluptariis abrasio concedatur, de quo glossa *verb. Non habere, in l.ex duobus, ff.de negotiis gestis*: similis glossa *in l.si pupilli, verb. Locupletior, ff.eodem*: pro quibus est textus *in l.idemque, §.idem Labeo, vers. idemque ait, ff. mandati. Idemque* (ait Vlpianus,) *si quid procurator citra mandatum ad voluptatem fecit, permittendum ei auferre, quod sine damno domini fiat.* Idem Gaius *in l.vtiles, ff.de petitione hæreditatis*: qui textus loquitur de voluptatis expensis, ibi: *Nam prædoni probè dicitur, non debuisse in alienam rem superuacuas impensas facere; vt tamen potestas ei fiat tollendorum eorum, quæ sine detrimento rei tolli possint.* Cui addendus est versiculus, ibi: *Videamus ne ad picturam quoque marmorum, & cæterarum voluptariarum rerum impensas æquè proficiet nobis doli exceptio: & vtique proficiet, si modò bonæ fidei possessores sumus: nam prædoni*, &c. Facit generalis illa decisio dictæ legis *in fundo*: textus expressus *in l.vna, §. taceat, vers. quod si voluptariæ, Cod.de rei vxoriæ actione.* Quæ iura aperta sunt, secundùm quæ intelligenda est lex *ex duobus fratribus, ff. de negotiis gestis*: quæ quidem elegans est, & in proposito vtilis, vt ampla ædificia plerumque ad voluptatem pertineant. [Ex duobus fratribus (inquit Modestinus) vno quidem suæ ætatis, alio verò minore ætatis, cùm haberent communia rustica prædia, maior frater in saltu communi habente habitationes paternas ampla ædificia ædificauerat: cumque eundem saltum cum fratre diuideret, sumptus sibi quasi re meliore ab eo facta desiderabat, fratre minore iam legitimæ ætatis constituto. Herennius Modestinus respondit, ob sumptus nulla re vrgente, sed voluptatis causâ factos, eum, de quo quæritur, actionem non habere.] Hæc Modestini responsio egregia est, vt scilicet ædificia augmentata sine causa ad voluptatem pertineant, soletque in hoc Senatu adduci vt lateritia pauimenta, & lapideæ fenestræ, aliaque id genus in rusticis ædibus in emphyteusim acceptis ad voluptatem erecta videantur; & non semel in hoc Senatu huiusmodi ædificia voluptaria iudicata sunt. Illa tamen lex etiamsi actionem neget, intelligenda est abrasionem admittere, si modò abrasio sine læsione rei esse, & fieri possit; quod in hoc genere meliorationum raro venire potest.

Ex quibus mirum est, quod lex nostra Hispana 44. *tit.28. part.3. in fin.* 10
apertè negauerit abrasionem huic malæ fidei possessori, contra Iureconsultorum aperta responsa, approbatâ Accursij contra seipsam sententiâ, vbi suprà, ibi: *Mas si el que fiziesse tales despensas, como estas, ouiesse mala fé en teniendo la casa ò la heredad, pierde todo quanto y fizo, e non puede ende levar ninguna cosa.* Ex qua, iunctâ dictâ lege *ex duobus fratribus*, ædificia ista non auferuntur in Hispania.

Et quamuis Bartolus *in dict. l. in fundo*, opponat ad dictam legem *vtiles*, 11

quæ loquitur in eo qui expensas facit voluptarias mala fide, concessa sibi ablatione sine detrimento rei, *l.adeò*, *§.ex diuerso*, *ff.de acquir.rer. dominio*, vbi si quis mala fide in alieno solo ædificium erexerit, amittit quod impendit, adeò vt neque diruto quidem ædificio materiæ ablatæ dominus intelligatur: idem tamen Bartolus *in dicta l.in fundo*, *num.2.* distinguit inter ædificantem de nouo, & reparantem, siue ædificia erigentem & expensas facientem in re quam possidet: quæ solutio non solùm non est diuinatoria, vt iam semel visa est Domino Francisco Sarmiento *selectarum quæstionum lib.1. cap.10. num.6.* sed est necessaria, & ad litteram ipsarum legum verba addere libet, vt ad oculum solutio ipsa Bartoli constet; quæ eò mihi libentiùs adducitur, quod ad leges nostras necessaria sit, quæ eam Bartoli distinctionem admittunt. Verba Caij *in dict.l.vtiles*, superiùs adduximus, *num.9.* quæ lex sine dubio de impensis agit in reficiendo factis, vt patet ibi: *Vtiles autem, necessariaque sunt, veluti quæ fiunt reficiendorum ædificiorum gratiâ, aut in nouale, aut cùm seruorum gratiâ litis æstimatio soluitur.* Et rursum ibi: *Videamus tamen ne ad picturarum quoque & marmorum, & cæterarum*, &c. In quibus expensis malæ fidei possessori abrasio permittitur sine læsione rei: & magis id patet, quia cùm dicat Caius, abradi posse sine læsione rei, necessariò intelligendum est reædificationem fuisse, cùm res supersit quæ meliorata est illis voluptariis expensis. Nunc venio ad eundem Caium *in dict.l.adeò*, *§.ex diuerso*, vbi idem Caius longè aliud agit; non enim ibi agit de repetitione vel abrasione meliorationum, sed de acquisitione dominij, & quomodo iniecta in alieno cuiusque fiant, ob idque inde incipit, vt hominum dominia quærantur: inde de alluuione agit, à quo ad insulas deuectus, ad flumina & alueos peruenit; deinde ad vasa ex aliena materia confecta. Postremò id tractat, cùm in solo suo quis ex aliena materia ædificat, illud perpetuò inuestigando, quomodo rerum dominia acquirantur: cumque in hoc casu asserat dominum materiæ, quandiu ædificium extat, nec vendicare posse, nec ad exhibendum agere, propter legem duodecim Tabularum; diruto tamen ædificio, separataque materia ait posse ipsum dominum materiam vendicare, quia dominium nunquam periit, etiamsi consopitum extiterit, quandiu ædificium extitit, propter legem duodecim Tabularum, quæ prohibebat vendicationes materiæ, quæ ædibus esset iniuncta, propter deformitatem vrbis vitandam: verba autem legis duodecim Tabularum hæc fuerunt, *Tignum iniunctum ædibus meis, vendicato, non soluito.* Refert Festus, & adducit Connanus *Commentariorum iuris lib.3. cap.6. num.7.* vendicare enim tignum suum domino licebat, tollere non concedebatur, sed eius duplum consequebatur ab ædificatore, ne Italia ruinis deformaretur; quo nomine contra apertas iuris regulas multa admisere Iureconsulti, vt *in l. quod si vir vxori, ff.de donat. inter virum & vxorem.* Iuncta lege præcedenti, *in fin.* Fauor enim publicus in eo versatur, ne Respublica ruinis deformetur, & propter eum à regulis iuris deceditur, licèt glossa ibi eam existimet causam, quia non fiat coniux accipiens locupletior; & aliam causam glossa adducat *in cap.fin. cod.* vbi Abbas eam sequitur, *num.15.* Similem dispensationem cum iuris quadam regula facit hic fauor publicus *in l.penult. §.eandem*, *C.de donationib.* de donatione ad refectionem sine insinuatione. Denique Caius *in d.l.adeò*, dominium

inqui

inquirit earum rerum, quæ rebus nostris accedunt, quantùm, quomodoque accessione earundem dominium acquiratur: de quo tamen vide eleganter Connanum *Commentariorum iuris lib. 3. cap. 6.* vbi optimè de accessione materiæ ad speciem disserit, & copiosè tractat, & Iureconsultos conciliat; quod nostrum institutum non est. Illud prosequimur, recipiendam fore Bartoli distinctionem inter ædificantem de nouo, & reficientem; quæ distinctio ex verbis Iureconsultorum aptè colligitur, quoniam dicta lex *planè*, & lex *vtiles*, *eodem*, de expensis in reficiendo agunt; at verò dictus §. *ex diuerso*, de erigente nouum ædificium intelligendus est. De hísque, scilicet de nouo ædificatore, & de reficiente, & collapsa reparante, diuersæ iuris regulæ proditæ sunt; quoniam qui de nouo ædificat, dominium quærit ipsâ suâ ædificatione; quod non intelligitur facere qui rem collapsam reparat. Quæ distinctio Bartoli cùm colligatur ex Iureconsultis, occasionem dedit conditoribus legum Partitarum, vt hanc ipsam distinctionem admitterent, & lege lata constituerent, & sunt nobis iura expressa *in l. 43. tit. 28. part. 3.* & *l. 41. eodem tit. & part.* quæ conciliari debent iuxta hanc distinctionem, vt dicta lex 41. procedat in eo qui de nouo ædificat, ac cum mala fide, qui donasse videtur; & patet ibi: *En razon de aquello que y labro de nueuo*: dicta verò lex 43. procedat in eo qui reparat, ibi: *Non faziendo de nueuo, mas refaziendo*; quodque distinctio Bartoli sit recipienda, maximum argumentum præstant nobis duæ leges Partitarum.

12 13

14 Quamuis tamen leges Partitarum eam distinctionem videantur admittere, quod eò notauimus, ne solutio illa videatur diuinatoria; tamen mihi, qui nunquam nisi verecundè, & cum pudore ab eruditissimorum hominum sententia decedo, adhuc illa solutio non satisfacit, etiamsi nostris legibus comprobata esse videatur; liberè enim philosophanti eadem difficultas integra est. Siue enim reædifices, siue de nouo facias, semper illud inquirendum est, cur in casu dictæ legis *vtiles*, per abrasionem consulatur malæ fidei possessori in voluptariis, denegata exceptione doli; at verò in dicta lege *adeò*, §. *ex diuerso*, omnino rei vendicatio denegetur, etiam diruto ædificio, & separatâ materiâ. Quæstio in eo est, cur vendicatio non concedatur materiæ separatæ, & ædificij diruti, cùm dicta lege *vtiles*, separatio concedatur? quid potuit contrarium suadere, vt separatio in vno casu concedatur, in altero verò & simili separatæ materiæ vendicatio denegetur? quia etiamsi de vtilibus expensis intelligas, in ipsis nunquam denegatur abrasio sine læsione rei, *l. domum*, *C. de rei vendicatione*, ibi: *Sin autem vtiles, licentia eis permittitur sine læsione prioris status rei eos auferre.*

Vir doctissimus D. Franciscus Sarmiento, meritissimus Episcopus Astoricensis, *dict. cap. 10. num. 10. lib. 1. selectarum quæstionum*, post varias solutiones, quarum aliquot leuissimis argumentis reiicit, nouè conciliat hæc iura, vt leges quæ prædoni consulunt per ablationem, vel abrasionem expensarum, quas fecerit, quando sine rei deterioratione auferri possunt, vel quia reperiuntur separatæ; vt, inquam, hæ leges, scilicet lex *vtiles*, & lex *domum*, loquantur quando ipsemet fur adhuc possidet, & ita quod ista ablatio fiat per retentionem; leges autem, quæ mala fide ædificanti separatâ materiâ negant vendicationem expensarum, vt *in dict. §. ex diuerso, l. adeò, ff. de acquirend. rerum*

domino, loquantur per viam actionis. Rationem huius idemmet D. Franciscus eam existimat, quòd is qui possidet, bonæ fidei possessor credatur, *ex l. Paulus respondit, ff. de doli exceptione, l. fin. C. de rei vend.* Hæc D. Franciscus *dicto num.* 10. inde sese confert *ad l. 2. C. de rei vendicatione*, de qua agimus *num.* 19. quæ tamen solutio, quæ (vti ipse ait) colorem habere videtur, iudicio meo non diluit difficultatem; immò si propiùs inspiciatur, magis destruitur ex ipsa ratione, cui innititur, *ex dicta l. Paulus*; namque etiamsi verum sit, quod iura quæ concedunt furi, nempe malæ fidei possessori, abrasionem sine damno rei, loquantur quando fur adhuc possidet; & quæ negant vendicationem, procedant per viam actionis; adhuc tamen integra est difficultas, cur tam variè decisum sit in eodem malæ fidei possessore, vt alter abradat, alter vendicare separatam & abrasam materiam possit; cùm etiam bona vel mala fides hanc ipsam rem dirimat, non possessio. Hæc difficultas coëgit ipsum vt excogitaret illam rationem *ex d. l. Paulus*; quia possessor præsumitur bonæ fidei, ob idque inducatur abrasio in ipso; cùm verò non possideat, cessat hæc præsumptio, & ideo actio quoque cessat. Hæc autem ratio id demùm obtinet, vt abrasio admittenda sit quamdiu quis bonæ fidei possessor præsumitur: quòd si apertè de mala fide ipsius constet, tunc quidem ipsa ratio D. Francisci abrasionem non admittit, contra dispositionem dictæ legis *vtiles*, & dictæ legis *domum*, vbi ei, qui apertè malæ fidei possessor est, abrasio permittitur, vt pa-

15 tet ad oculum. Igitur hæc conciliatio est contra ipsamet iura, quæ pro se adducit; exceptio enim doli malæ fidei possessori nunquam conceditur; abrasio autem conceditur. Textus elegans ad hoc *in l. Iulianus lib.8. Digestorum, ff. de rei vendicatione*, vbi mala fide ædificatum est de nouo, & possessor reperitur is, qui ædificauit; atque cùm exceptio denegetur doli, conceditur abrasio ibi: *Eo autem tempore ædificaui, quo iam sciebam alienam: videamus, an nihil mihi exceptio prosit? nisi fortè quis dicat prodesse de damno solicito. Puto autem huic exceptionem non prodesse; neque enim debuit in alienam aream certus ædificium ponere: sed hoc ei concedendum est, vt sine dispendio domini areæ tollat ædificium quod posuit.* Idem *in l. idemque*, & *in l. infundo*, §. *idem Labeo, vers. idemque ait, ff. mandati*, ibi: *Idémque*, ait Vlpianus, *si quid procurator citra mandatum ad voluptatem fecit, permittendum ei auferre, quod sine damno domini fiat.* Denique in hoc malæ fidei possessore, qui rem melioratam à se mala fide tenet, perpetuò admissa est abrasio, nunquam verò concessa exceptio doli, & meritò; quo pacto enim de dolo excipiet, qui dolo impensas facit? Item *in l. domum, C. de rei vendic.* conceditur abrasio malæ fidei possessori in vtilibus expensis:

16 atque vt vniuersalem regulam tradamus, intelligendum est, separationem & abrasionem concessam semper fuisse malæ fidei possessoribus meliorationum vtilium & voluptatis, sine læsione, si malæ fidei possessores huiusmodi res melioratas possideant. In hoc casu omnia iura conueniunt, *dict. l. vtiles, dict. l. Iulianus, d.l. idémque, §. idem Labeo, d.l. domum.* In quibus tamen iura nostra distinxerunt inter vtiles expensas & voluptarias, vt in illis abrasio permittatur, in his denegetur, *ex d. l.* 43. ibi: *Puede el otro ende leuar.* Et ibi: *E non puede ende leuar ninguna cosa.* Et in hoc lex nostra partitæ, quæ abrasionem negat malæ fidei possessori, in voluptariis secuta est Accursij sententiam *in d. l. in*

l. in fundo, in fine, in gloss. vltima, contra expressa iura, de quibus suprà. In necessariis autem de abrasione non curamus, quia pinguius remedium est ad consecutionem ipsarum, *ex d.l.domum*, & *d.l.* 43. ibi: *Que las puede, e deue cobrar.* Et ibi: *Quier aya buena fé, quier mala:* & hoc pertinet ad abrasionem. Quod attinet ad doli exceptionem, video nunquam concessam fuisse malæ fidei possessori. Quî enim fieri potest, vt doli exceptione iuuetur, qui dolo fecerit, & commiserit, quo minus iuuaretur? *l. vtilis*, ibi: *Et vtique proficiet, si modò bonæ fidei possessores sumus; nam prædoni probè dicuntur*, &c. *d. l. Iulianus*, ibi: *Puto autem huic exceptionem non prodesse; nec enim debuit iam in alienam certus ædificium ponere. l. adeò*, §. *certè*, *ff. de acquir. rer. dom.* & §. *certè*, *Instit. de rerum diuisione, lib. 2. Inst.* ibi: *Poterit per exceptionem doli mali repelli, vtique si nesciuerit qui ædificauerit alienum esse solum, & tanquam in suo bona fide ædificauerit; nam scienti alienum esse solum potest culpa obiici, quod temerè ædificauerit in eo solo, quod intelligeret alienum esse.* Hæc Caius, ex quibus malæ fidei possessori mala fide ædificanti, vel reædificanti denegatur exceptio doli, etiamsi possideat; & meritò, quia cùm dolo fecerit expensas, exceptione doli iuuari non potest. At verò iure optimo conceditur abrasio, quia scilicet mala fides non eò extenditur, vt ex aliena mala fide tu ditescas cum aliena iactura, præsertim cùm adhuc malæ fidei possessor abradere possit sine iactura; in hoc enim semper æquitas in promptu est, de qua *in d.l.in fundo.* Ex quibus necessariò intelligenda est lex *Paulus respondit*, *ff. de exceptionib.* in possessore bonæ fidei, qui bona fide in alieno ædificat, vel reficit; nam in malæ fidei possessore ædificante, ex iuris principiis repugnantibus intelligi non potest; in malæ fidei autem possessore intelligi nullo modo potest, *ex dict.l. vtiles*, & *dict.l. Iulianus*, & §. *certè*, quæ sunt aperta iura. Bonæ fidei autem possessor, qui in alieno solo ædificat, quandiu est in possessione, rectè exceptione doli iuuatur; quod si semel tradiderit rem melioratam, exceptio cessat, quæ possessori conceditur. Nec quicquam refert, quod Iulianus *in d. l. Paulus respondit*, vtatur illis verbis, *in alieno solo*; namque frequens dicendi ratio est Iureconsultis, etiam in bonæ fidei possessore, vt patet *in d.l. Iulianus*, & *in d.l. si area*, *ff. de cond. indebiti*, & *in d.* §. *ex diuerso*, & §. *certè*; ex sola enim ædificatione in alieno non resultat mala fides, nisi etiam scientiam alieni proponamus, *d.* §. *ex diuerso*, ibi: *Et si scit alienum esse*; & *d.* §. *certè*, ibi: *Vtique si nesciuerit*; vt ex his videas, quàm immeritò Franciscus Hotomanus hæc iura tanquam pugnantia coniunxerit, *lib.2.feudorum, hîc finitur lex*, §.3. *fol. mihi* 264. *ad fin.* vbi legem *Paulus*, & legem *Iulianus*, tanquam pugnantes adducit.

17 18

19 De rei vendicatione verò, an & quando competat huiusmodi ædificatori, vel reædificatori, duo sunt iura, quæ sine pace pugnare plerisque visa sunt, scilicet lex *adeo*, §. *ex diuerso*, *ff. de acquir. rerum domin.* & lex 2. *C. de rei vendicatione.* Pugna in eo est, quia hactenus egimus de malæ fidei possessore possidente rem, quam vtiliter vel ad voluptatem refecit, idque mala fide, vt is abradere possit sine læsione, excipere verò de dolo non possit: de hoc autem malæ fidei possessore, qui rem ædificatam, vel melioratam non possidet, quia tradiderit, difficultas est, an vendicare materiam, saltem separatam, possit, si casu, aliáve ratione vlla ædificium destructum sit. Itaque in domo, quam colebas,

colebas, in supremo tecto solarium extruxi, vel cùm superficiem solúmque possideres, tecta & tabulata superiora imposui, quæ tu possides; an ipse saltem destructo ædificio separatam materiam vendicare possim? In quo textus *in d.§. ex diuerso*, apertus est, vbi Caius Iureconsultus, inquit, *Itaque nec diruto ædificio vendicatio eius materiæ competit*: qui textus in priori parte id agit, vt ædificium cedat solo; intelligemus autem iuxta prædicta, si quis de nouo faciat, de quo *in l. fin. ff. de superficiebus. Superficiarias ædes*, inquit Caius, *appellamus, quæ in conducto solo positæ sunt, quarum proprietas iure ciuili & naturali eius est, cuius & solum. l. obligationum ferè, §. placet, ff. de actionib. & oblig.* vbi elegantia verba ad propositum ponit Paulus ibi: *Sic & in tradendo si quis dixerit, se solum sine superficie tradere, nihil proficit, quominùs & superficies transeat, quæ naturâ solo cohæret. l. eum qui, ff. de vsucapionibus*, ibi: *Vt putà cùm ædes ex duabus rebus constent, ex solo & superficie. l. solum, ff. de rei vend.* vbi solum partem esse ædium existimat Celsus, nec alioqui subiacere vti mare nauibus. Quod eò adduximus, vt perspicuum sit, ædificium constructum in solo alieno, quantumvis bona fide, iure quidem eius esse, cuius & solum est: at verò si mala fide ædificet, sciens alienum esse solum, & ex materia propria, tunc quidem, & iure, voluntate sua materiam superimpositam amisisse intelligitur, iurisque potestas tunc ex voluntate magis confirmatur. Idque resultat ex vtroque, scilicet ex iuris potestate, & voluntate, vt diruto ædificio vendicatio materiæ eius, quæ mala fide imposita est in alieno solo, si propria fuerit eius qui superimposuit, non competat. Hæc est dispositio textus *in d. §. ex diuerso*, in quo, si cum iudicio legas, tria sunt, mala fides, ædificatio in alieno, & proprietas materiæ superimpositæ; quæ tria simul donationem materiæ inducunt, vt separata & diruta vendicari non possit. In quo aptè animaduertit Dominus Franciscus Sarmiento vbi suprà, hunc malæ fidei ædificatorem non possidere, & nos agnoscimus; nam si possideat ædificator is, frustra de vendicando ageretur, quæ possessorem alterum desiderant, *l. officium, ff. de rei vendicatione*; ob idque neque de abrasione, nec de exceptione doli quicquam attingit Iureconsultus, quæ ædificatori malæ vel bonæ fidei secundùm prædicta conceduntur; malæ fidei possessori abrasio, bonæ fidei autem de dolo exceptio, *d.l. Iulianus, d.l. Paulus respondit, d.l. vtiles, d.§. certè, d. l. domum, d.l. idémque, §. idem Labeo.* Exceptio enim illa & abrasio, nisi ei qui possidet, competere non possunt; in quo tamen apertè cum §. *ex diuerso*, pugnat dicta lex 2. *C. de rei vendicat.* vbi in priori parte illud etiam probatur, ædificium cedere solo: quod receptissimum fuit antiquis, de quo præter iura suprà adducta extant veterum testimonia, *l. 2. tit. de rei vend in C. Gregor.* ita Marco & Valerio rescriptum est, ædificium in alieno agro extructum solo cedere, sumptúsque eius nomine factos non nisi bonæ fidei emptorem retentione posse seruare, certissimi iuris est. Item *in l. 1. eod.* vineas in alieno agro institutas solo cedere; & si à malæ fidei possessore id factum sit, sumptus eius nomine qui erogatur, per retentionem seruari non posse, incognitum non est. Idem obseruauit Caius *lib. 2. tit. 1.* inter ipsius Caij institutiones. *Item regulariter constitutum est, vt superposita inferioribus cedant, vt si quis in solo nostro sine nostro permissu domum ædificauerit, ad eum cuius terra est, domus ædificata pertineat.* Hæc

Caius.

Caius. Ex quibus ædificium ſemper ſolo ceſſit, idque in priori parte dictæ legis 2. conſtitutum eſt. In poſteriori verò id conſtituitur, diruto & ſeparato ædificio à ſolo, materiam iam ſeparatam ad priſtinum dominum redire, idque ſiue bona, ſiue mala fide ædificium extructum ſit: quod patet ad literam. Itaque ex hac iuris deciſione, quandiu ædificium manet conſtructum, cedit ei cuius eſt ſolum, idque ſemper obſeruatum eſt, & antiquiores animaduertunt. Si verò ſeparetur à ſolo ædificium, tunc ad antiquum dominum redire ædificij materiam conſtat, *ex dict. l.*2. in quo mirè hæc ſecunda pars pugnat cum dicto §. *ex diuerſo*, in quo diruto & deſtructo ædificio, vendicatio quæ ex hoc procedit, negatur materiæ priſtino domino. Dominus Franciſcus Sarmiento vbi ſuprà intelligit dictum §. *ex diuerſo*, in actore, vt ibi malæ fidei poſſeſſor ædificans actor ſit: quod colligit, & bene, ex eo quod ibi agitur de vendicando, vt ſcilicet ibi vendicatio concedatur ædificatori, quæ contra poſſeſſorem dirigitur: rurſum *in dict.l.*2. ædificatorem fuiſſe reum, quod quidem difficile eſt ex litera ipſius legis extorquere, cum ibi eadem verba ſint, quæ *in dict.* §.*ex diuerſo*: quin etiamſi reus ibi ſit ædificator, cùm Imperator non diſtinguat inter bonam & malam fidem, ibi, *ſiue bona*, *ſiue mala fide*; cumque textus *in dict.* §.*ex diuerſo*, malam fidem habenti & ædificanti id tribuat, vt materiam etiam ſeparatam amittat, adeo vt neque diruto ædificio rem vendicare poſſit, quî fieri poteſt, vt *in dict. l.*2. mala fide ædificans, atque ob id amittens materiam, iterum eiuſdem fiat dominus? Quid obſecro interuenit inter illos actus amiſſionis materiæ mala fide ſuperpoſitæ, & recuperationem ipſius deſtructo ædificio, vt poſtquam amiſerim, rurſum ſine aliquo alio facto recuperem ſeparatam, ſiue actor ſim, ſiue reus; & vt verum fatear, ruina vel ſeparatio id efficere non potuit.

Conciliatio mihi petenda eſt ex gloſſa *in dict. l.*2.*verb. extructum*, quam 22
Paulus de Caſtro ſequitur; & iudicio meo veriſſima eſt & neceſſaria, quam vt intelligas, præmitte *ad dict.* §.*ex diuerſo*, aliud eſſe in hoc conſilium iuris, aliud hominis; quamuis enim iuris intellectu materia ſuperpoſita cedat ſolo, ſuperponentis verò conſilium aliud eſt, ſcilicet magis vt ſolum occupet, quàm vt materiam donet. Non enim qui ædificat in alieno ſolo, videtur eo animo ædificaſſe, vt donet, neque facilè præſumimus donationem, *l.cùm de indebito*, *ff. de donationib.* aliàs *de probat. l.qui vas*, §.*furere*, *ff. de furtis.* Quinimò contraria præſumptio de iure ſuſtineri poteſt, vt ædificans in alieno, præſumatur eo animo ædificaſſe, vt occuparet potiùs aliena, quàm vt propria donaret, *l.ſi pupilli*, §.*ſed ſi quis*, *ff.de negotiis geſtis. Sed ſi quis* (inquit Vlpianus) ***negotia mea geſſit, non mei contemplatione, ſed ſui lucri causâ, Labeo ſcribit ſuum eum potiùs, quàm meum negotium geſſiſſe***; ***qui enim deprædandi causâ accidit, ſuo lucro, non meo commodo ſtudet.*** Hæc Vlpianus: quod quidem in propoſito aliud agens agnouit Aluarus Vazquez *prima parte emph.iuris*, *quæſt.*2. *num.*20. & Molinæus *in conſuetudinibus*, *prima part. tit.*1. *gloſ.*5. *num.*87. Vnde in hac noſtra tractatione, etiamſi nihil præſumamus, vt colligamus animum donandi ædificium ſuperpoſitum alieno in ſolo, atque adeò vt donatio inducatur, ita vt diruto & ſeparato ædificio vendicare non poſſimus, vtque duæ illæ leges concilientur, aduertenda ſunt verba Iureconſulti Caij, ad quæ parum

aduertentes, sæpe viri non leuiter eruditi in miseras abeunt opiniones. Ex hoc itaque principio iuris, quod rarò præsumimus donationem, nisi in eo casu, quo à iure hæc ipsa donatio sit inducta, præsumenda non est: ex quo pendet necessaria declaratio ad nostrum textum *in dict. §. ex diuerso*, vbi ad literam donatio intelligitur, ibi, *& si scit alienum esse solum, sua voluntate amisisse proprietatem materiæ intelligitur*; atque ea donationis præsumptio ibi tradita, cùm sit exorbitans à regulis iuris, intelligenda semper est iuxta dictum *§. ex diuerso*; scilicet concurrentibus omnibus his, quæ ibi reperiuntur, scilicet cùm quis mala fide in alieno ædificat, & de sua materia. Namque ex mala fide, & scientia alieni, & dominio eius materiæ, quam sciens & prudens superponis solo alieno, videris donasse superposita, ex sententia Caij *in d. §. ex diuerso*. Itaque materiæ nostræ his concurrentibus dominium amittimus. Verba Caij hæc sunt: [Ex diuerso, si quis suâ materiâ, in alieno solo ædificet, illius fit ædificium, cuius & solum est. Et si scit alienum solum, suâ voluntate amisisse proprietatem materiæ intelligitur: itaque nec diruto quidem ædificio, vendicatio eius materiæ competit.] Vides igitur ibi donationem non induci à sola mala fide, nec à sola scientia rei alienæ, sed ex eo etiam, quod ex propria materia ædificasti. Hæc tria ex sententia Caij donationem inducunt. Et ita *ex dict. §. ex diuerso*, intelligendum est eum habuisse animum donandi, qui non solùm mala fide in alieno solo ædificauit, sed qui præter malam fidem & scientiam soli alieni suâ materiâ extruxit; ita vt hæ duæ orationes conuertantur, scilicet, *Habuit animum donandi: ergo mala fide, & in alieno ædificauit suâ materiâ, non alienâ.* Non igitur sufficit ad inducendam donationis præsumptionem mala fides, & scientia soli alieni, nisi accedat quoque proprietas materiæ. Vnde ex hac fundata iuris ratione non rectè colliges, *Ædificasti in alieno, cùm scires alienum: ergo materiam donasse videris*; quia cùm sit coniuncta oratio, omnes partes suas adesse cupit, nequitque consistere, nisi omnes partes simul copulatæ consistant, *l. si is qui ducenta, §. 1. ff. de rebus dub.* Ex eo igitur quod aliquis agnoscitur ædificasse in alieno solo, & mala fide, non licet colligere eum animum donandi habuisse; quia deficit illud tertium, propriâ materiâ ædificatum fuisse; & nisi hoc tertium additum sit, rectè colligam non esse materiam donatam. Rursum si dicam, quempiam materiam superpositam donare voluisse, necessariò intelligam, eum ædificasse de suo in alieno scienter; id enim postulat iuris ratio, quam Caius insequutus est *in dict. §. ex diuerso*. Ex quibus plana est interpretatio *ad dict. l. 2. Cod. de rei vendicat.* Eam autem diuido in tres partes. In priori constituitur ædificium solo cedere. In secunda parte, ædificium in solo alieno mala fide extructum, si corruat, ita vt materia dissoluatur, adhuc dominium materiæ ad antiquum dominum redire; idque meritò, quia ex his duobus, scilicet, mala fide, & scientia alieni soli, non inducitur donatio. In tertia parte additur illud, scilicet, id demùm habere locum, nisi donandi animo ædificia in alieno solo posita sint. Quibus verbis nihil aliud significatum est, quàm si apertiùs dixisset Imperator, recordatus Caij decisionem, *Nisi ex propria materia ædifices præcedente hac mala fide ædificatoris in alieno*; namque si ex propria materia ædificasti, quod est dictum, si animum habuisti donandi, tunc dominium ad te non redit. Hæc est

solutio

solutio Accursij *in dict. leg. 2.* & *dict. §. ex diuerso*, obscurè & breuiter paucissimis verbis significata; quæ cùm ingeniosa sit & vera, facilè percipi non potuit. Vnde occasio data est viris doctissimis nouas interpretationes inuestigandi. Ex quibus restat intellectus *ad dict. §. ex diuerso, ad §. certè, ad dict. l. vtiles, ad d. l. domum, ad l. Paulus, ad l. Iulianus, & ad dict. l. 2.* isque ad literam, quem nec explicant viri doctissimi, omisso Accursio, inter quos Molinæus *vbi suprà, dict. gl. s. 5. num. 75.* Ex quibus patet, quid dicendum sit *ad l. sed & si quid, ff. de vsufructu*, scilicet, vsufructuarium ibi bona fide ædificasse; habebat enim ius in re, neque re vera habebat malam fidem.

Ex quibus patet quid dicendum sit in ea quæstione quam mouent nostri *in dicta l. 2.* vt intelligant, quando quis dicetur ædificasse in alieno animo donandi materiam superpositam? In qua Bartol. Paulus, Angel. & Salicet. ibi ex mala fide id duntaxat colligunt. Allegant §. *ex diuerso*, non aduertentes ibi præter malam fidem, ædificantem in aliena ædificium fecisse ex materia propria scienter, & loquuntur contra dispositionem dictæ legis 2. quæ malam fidem amittit in ædificatore in solo alieno, atque ex his duntaxat animus donandi non colligitur, quasi necessarium adhuc aliud sit, scilicet materiæ superpositæ dominium, vt id ex voluntate transferatur; aliis rursum colligentibus contrarium animum, scilicet, non donandi, ex bona fide; cùm id quoque perpetuum non sit; namque ex dicta lege poteris quidem in alieno mala fide ædificare, & minimè habuisse animum donandi, nisi ex materia propria ædificium erectum est. Namque etiamsi in alieno imponas, si alienam materiam imponas, non ita videri poteris donasse, quàm si propriam superponas, cuius dominium verè obtines, §. *cùm in suo, l. adeo, de acquir. rerum dominio*; id enim efficit illa iuris præsumptio, quâ nemo donare præsumitur, *l. si cùm aurum, ff. de solutionib.* vt contraria præsumptio donandi in eo duntaxat casu, & in ea solùm specie admittatur, quæ à iure proponitur *in dicto §. ex diuerso.* 23

Simile huic est quod dicitur, dominium rei legatæ rectâ viâ à testatore ad legatarium transire, *l. à Titio, ff. de furtis*, ibi; *Quia ea quæ legantur, rectâ viâ ab eo qui legauit, ad eum cui legata sunt, transeunt.* Quod quidem intelligimus, si is qui legauit, proprietatem & dominium obtinebat rei legatæ; namque si rem alienam legauerit, veluti rem hæredis, iuxta *legem cùm à matre, C. de rei vendicatione*, tunc quidem quia rem alienam legauit, cuius verè dominium non obtinebat, rei legatæ dominium non transit in legatarium, contra regulam dictæ legis *à Titio, ff. de furtis.* Ita notant ibi gloss. Bartol. & alij, & est textus *in l. si quis inquilinos, §. cùm seruum, ff. de legatis* 1. vbi valet alienatio facta de seruo qui hæredis erat, qui legatus fuerat à testatore. Ita vt in nostra hac tractatione plurimùm iuuet, an materia iniecta in alieno sit propria, necne, vt dominium eius censeatur translatum. 24

Illud aduertendum est *ad d. l. 2.* vt si quis in publico ædificet, adhuc non videatur fecisse animo donandi, sed occupandi, quantumvis id faciat mala fide, & ex proprio. Imponitur tamen vectigal, quod à solo solarium dicitur Iureconsultis; nos vocamus pensionem, à pendendo, vel censum annuum, singulis annis reipublicæ soluendum, *l. 2. §. si quis nemine, ff. ne quid in loco publico*, ibi: *Si tamen ædificium obstet publico vsui, vtique is qui operibus publicis procurat, de-* 25

bebit id deponere; aut si non obstat, solarium ei imponere; vectigal enim hoc sic appellatur solarium ex eo quod pro solo pendatur. De quo textu vide Paul. *in l. fluminum, num. 2. ff. de damno infecto.* Alexand. & Imol. *in l. 1. §. nunc videamus, ff. de noui operis nuntiat.* è qua lege *in dict. §. si quis nemine*, traxit originem Regia Pragmatica, quâ conserenti vineas in publico imponitur vectigal; quam ego vidi iam semel obseruatam in hoc Prætorio, scilicet, si nihil vsui publico obstet: nam si obsit vsui publico, extirpandæ sunt vineæ; sunt enim ferè loca aliqua eius naturæ & qualitatis, vt cùm publica sint, nullius tamen sint vsus, vini tamen sunt feracissima, quod sæpè in locis sterilibus & saxosis euenit.

26 Postremò notandum est, in omnibus casibus, de quibus suprà egimus, quibus expensæ voluptariæ vel vtiles amittuntur, posse retineri, nec quicquam obesse malam fidem, si dominus voluptarias, vel vtiles expensas aliàs erat facturus; vel si non erat facturus, restitutas fuisset venditurus illico, vel si quid aliud subeat, quod iustè mouere iudicem possit, vt retentionem concedat. In hoc enim iudex variè pronuntiabit; semper enim illud arbitrium superest, de quo *in dict. l. in fundo, & l. nisi venalem, ff. de rei vendicatione.* Dummodo huiusmodi arbitrium monoculum non sit, hoc est, quod vtilitatem alterius tantùm respiciat; arbitrium enim biceps esse debet, & vtriusque partis vtilitatem ex iure scripto metietur.

27 Atque ex his omnibus, quæ diximus, si liberè & verè philosophandum sit, videas Molinæum virum eruditissimum, post longam de hac re disputationem nihil efficere: nam dictus titulus 1. *glos. 5. num. 87.* cùm de lege 2. *Cod. de rei vendicatione*, agat, atque illud attingat ex proposito, an in alieno ædificans, animo id videatur donandi efficere, existimat quidem, non esse animum donandi præsumendum; difficultatem tamen dictæ legis 2. cum dicto *§. ex diuerso*, prætermittit, multumque moratur in intellectu legis *si pupilli, §. sed & si quis negotia, ff. de neg. gest.* Atque vt sibi ipsi laboret, relicto glossæ ibi intellectu, verissimo eo quidem, quem tenuit Bart. Bald. Paul. & reliqui, ipse sibi scopum suæ disputationis fingit, vt tela sua aliquò iecisse videatur; quod vir ille facere consueuit. Difficultas eius legis in eo versatur, cur ille, qui sui lucri causâ, non verò mei contemplatione aliquid impendit, idque mala fide, cùm prædo sit, qui occupandi animo id fecerit, negotiorum gestorum actionem habeat contra me in eo saltem, quo ex negotiatione huiusmodi factus fuerim locupletior? Glossa ibi, vt dicebam, & post eam Bartol. Paulus & alij planè respondent, prædonem illum gessisse nomine meo; quod colligunt ex litera ibi, *Quod si quis negotia mea gesserit*; quo apertius nihil dici potuit, nec ibi illum, qui gessit, verè fuisse prædonem constat, nec id voluit Vlpianus; nam quod ipse ait, *qui enim deprædandi causâ accedit, suo lucro, non meo commodo studet*, id Vlpianus aliunde ad decisionem quæstionis propositæ adduxit, quod frequentissimum est Iureconsultis. Accursij igitur, & qui eum sequuntur, verus sensus est: Quispiam negotia mea gessit, qui quamuis specie quidem, ipsaque facie, mea negotia gerebat, ea tamen verè non mei contemplatione, sed sui lucri causa, quod ipsum principaliter coëgit vt fieret, fecit. In ea subdola & improba negotiorum meorum gestione, circa res meas quas gessit, impendit; petebat ipse à me expensas eas, idque vt impetraret

rraret à iudice, dicebat se gessisse meo nomine, ob idque teneri me putabat actione illa negotiorum gestorum: obiiciebam in nihilo me teneri, quia scilicet, is verè nihil gessisset meum, quia re vera sua negotia gessisset, & suo lucro, non meo commodo studuisset. Atque vt id obtinerem, adducebam illud, quia prædo qui prædandi causâ accedit, suo lucro studet, non meo commodo. Hæc erant hinc inde argumenta, quæ facti speciem constituebant. Vlpianus in ea specie id sentit, nec hunc quidem prædoni similem esse, nec item meritò comparari posse negotiorum vero gestori; quia sub prætextu meorum negotiorum, sua potiùs gessisset: ac ne omnino prædo videri posset, occurrebat illud, scilicet, quod tandem meo nomine gessisset. Atque huius facti anceps, & dubia ratio Vlpianum mouit, vt mediam eligeret viam, eam scilicet, vt hic subdolus negotiorum gestor, si fortè damnum passus esset, bono id animo pateretur, & boni consuleret, quod maius non sit perpessus, quia subdola negotiatione sese implicuerit; sin verò profecisset domino, quia tamen gessisset, non potuit denegare actionem Vlpianus, quatenus locupletior factus est, cuius negotia gesta sunt. Hæc est glossæ, Bartoli, & Pauli vera, plana, & ad litteram expositio, à qua decessit nullo fundamento Molinæus *ad l. planè sese confert, ff. de petition. hæredit.* de qua egimus, circa quam plurimùm laborat; deinde *in l. 2. C. de rei vendicatione*, ieiunè admodum. Postremò *ad §. certè, & §. ex diuerso*, peruenit: veram autem difficultatem earum legum non attigit, vt facilè videre est; quæ enim ipse cumulat, ea initium capiunt ab intellectu dicti §. *sed si quis negotia*; omnia autem illa iura dupliciter conciliat, primò diuinando, vt ipsemet dicit, *num.* 88. deinde *num.* 89. confugit ad quandam, quam ipse vocat, æquitatem, quam fundat *in dict. l. planè in cæteris*, ibi: *Sed benignius est*; & censet Iureconsultum recessisse à iuris rigore ad æquitatem: quod quidem quantum attinet ad dictam legem *planè, ff. de petition. hæreditat.* verius est, vt iuris rigor subsit in illis verbis, *nam prædoni*, &c. æquitas autem in illis, *sed benignius*; quam æquitatem vult ad alia iura deriuare, contra notissimas iuris regulas, quibus æquitates in iure non multiplicamus. Coëgit tamen Carolum abire in hanc æquitatem, quod existimat *in dict. §. Sed & si quis*, nihil nomine meo gestum esse, & constat illum gessisse mea negotia; namque verba illa, *sed si quis mea negotia gessit*, in dicto §. *sed si quis*, in hoc nullum dubium relinquunt, nec ibi adfuit æquitas, nec aberat iniquitas, sed potuerat ille negotiorum gestor videri similis prædoni; quia tamen mea negotia gessit, vtcúmque gesserit, iniquum visum est Vlpiano censeri eum omninò prædonem, qui meo nomine gesserat, causamque temperato consilio diremit. Nec quicquam facit textus *in l. item si computaui, ff. de negotiis gestis.* Primùm, quia semper sumus in hac opinione, vt hîc gestum sit negotium; sed etiamsi non gestum esset, hic dolus inerat: error patet ibi, *dum puto*, quæ duæ species plurimùm differunt, ideò ibi sustinetur iudicium, & negotiorum gestorum actio, cætera verò quæ Carolus adducit, ea omnia descendunt ex difficultate quam ipsemet sibi facit, reiecto glossæ & communi intellectu *ad § sed si quis negotia*; & tamen illa iura intelligenda sunt, vt diximus *à num. 26. & 27. vsque ad num. 33.* Quod verò ipse connectit *ad l. si in area, ff. de cond. indebiti*, vt is qui rem melioratam tradit, nec quicquam egit de

 melioratio

melioratione, possit sibi succurrere æquitate illa, quam ille excogitat, id longè aliam habet interpretationem quàm ipse opinatus est, de quo proximo capite agendum nobis abundè est.

28 Tandem ex his patet intellectus *ad l. 52. tit. 28. part. 3.* vt lex illa in priori parte intelligatur iuxta prædicta de eo qui ædificat in solo alieno, vt si tigna imposuisses in alieno ædificio, sicut vites in alieno solo, adhuc illa tigna, si propria imponentis non sint diruto ædificio, si separata reperiantur, ab antiquo domino vendicari possint. In vtilibus verò longè alia ratio est, quæ in plantis animaduertitur; radicatæ enim consolidatione quadam pars fundi fiunt. Deinde renascendo aliæ atque aliæ fiunt, vnde est, vt ne dirutà quidem vineâ, vites ad pristinum dominum reuertantur; non enim illæ vites sunt, quæ à te subreptæ sunt, & radicatæ. Textus *in l. adeò, §. si alienam, ff. de acquirend. rer. domin. Si alienam plantam*, inquit Caius, *in meo solo posuero, mea erit; & ex diuerso si meam plantam in alieno solo posuero, illius erit, si modò vtroque casu radices egerit; ante enim quàm radices egerit, illius permanet, cuius & fuit.* Et facit §. *his conueniens, ead. lege.* Facit §. *cùm quis ex aliena materia, dict. l. adeò*, in media illa sententia rectè existimantium, si species ad eandem materiam reuerti possit, veram esse sententiam Cassij & Sabini, existimantium naturali ratione effici, vt qui materiæ dominus est, is eius operis quod ex ea factum est, dominus sit; quod si species ad eandem materiam reuerti non possit, Neruæ & Proculi veriorem esse sententiam, eum dominum esse qui fecit; & vide ibi elegantia exempla de naui facta ex alienis tabulis; & vestimento ex aliena lana; & subselliis ex alieno tigno; emplastrum & collyrium ex alieno medicamento; & vase ex alieno argento, vt in his omnibus obseruanda sit illa media sententia inter sententiam Neruæ & Proculi alterum, & Cassij & Sabini alterum sentientium, de quo modò non agimus. Illud constitutum sit, quod antiquus dominus separatam suam materiam vendicare possit: cui decisio illa Gaij *in dict. §. cùm quis ex aliena*, non repugnat, immò magis conuenit si rectè perdendatur, & cum iudicio; & est textus apertior *in l. in omnibus, ff. de acq. rer. dominio*, & *in l. sed si ex meis, eod. tit.* & *in l. Iulianus, §. 1. ff. ad exhibendum*, quæ quadrant & conueniunt, miniméque pugnant, vt iam viris doctissimis visæ sunt pugnare. In hoc enim inspicienda est forma, an mutetur ex eo quod accedit, vt *in dict. l. Iulianus*, §. 1. ibi: *Nam mutatâ formâ prope interimi substantiam rei.* Vnde de plantis quod diximus, sustinetur, quia radicatæ ex nouo alimento nouam formam accipiunt, *l. sed si ex meis, versiculo arbor radicitus, ff. de acquirendo rerum dominio*; quæ elegans est ad propositum.

29 Ex quibus omnibus in ordinem redactis inferes, habendam esse rationem de sumptibus necessariis, vtilibus & voluptariis, in bonæ fidei & malæ fidei possessore; immò in omni casu deducendos esse sumptus qui fiunt gratiâ colligendorum & conseruandorum fructuum, ac non solùm sumptus, verùm æstimatio proprij laboris deducenda est, vt notauimus, & scripsit Tiraquel. *lib. 1. de retract. §. 15. gl. 1. ad fin.* Rom. *sing. 536.* doctissimus Couarr. *lib. 1. variarum, cap. 3. num. 3.* vnde *in cap. 1. de restitutione in integrum*, verba illa, *Prouidendum est tamen, nisi fortè coloni possessiones illas expensis ac labore suo reddiderint meliores,*

liores, sumptibus quos bona fide fecerunt debeant defraudari, intelligenda sunt iuxta has distinctiones, & reducenda sunt ad ius commune; nam si ad litteram accipias, confusè admodum acceperis; nec enim sunt ad litteram iura accipienda, alia enim ex aliis dependent, & legem ad litteram accipiendo sæpe errabis: conscissæ sunt leges, & Pontificum responsa ad pauca verba redacta; paucissimis autem verbis sæpè secretiùs quid & occultiùs continent, quod ex aliis iuris regulis accipiendum sit, ex quibus facilè Socraticos quosdam nostri temporis legum peritos irridemus, qui sibi Iureconsultorum nomen superbè admodum vsurpantes, literam legum mordicus tenentes, veterem interpretationem ex aliis legibus petitam reiicientes, in miseras quasdam antinomias abeunt; quos nisi cum risu eò coniectos eripere valeas. Lex ex lege interpretatur, & sibi mutuò leges auxilium præstant, veréque de legibus dici potest, quod de homine ille dixit, *Homo homini Deus*. Contra hos est ratio *in in l. scire leges, ff. de legibus, cap. Marchio*, 1. *q*. 1. *l. in omnibus, ff. de regulis iur*. Plura contra eos, qui litteræ legum adhærent, temerè notat Carolus Molinæus *in consuet. Parisiens. tit*. 1. §. 22. *num*. 43.

CAPVT VI.

De eo qui à principio fuit bonæ fidei possessor, deinde malæ fidei, quoad expensas conseruandas.

Notabilia ex capite sexto.

1 *Qui à principio fuit bonæ fidei possessor, posteà verò malæ fidei, qualiter expensas deducat.*

2 *Contestatio litis, item & denunciatio, quatenus habeant effectus malæ fidei, & de meliorationibus factis post protestationem, & denunciationem, ne fiant.*

3 *Bona fides quid sit, & quod inter bonam & malam fidem sit medium:* num. 4. *& quid sit mala fides: practica item, & speculatiua.* num. 5.

6 *Aliquando publicatio attestationum habet effectum fortiorem quàm litis contestatio, quantum ad inducendam malam fidem. Vide latissimè infrà* cap. 25. num. 13.

7 *Meliorationes factæ post commissum, quatenus conseruentur, & quid censeat Senatus noster.*

8 *Contra Boerium & Tiraquellum, expensas factas intra tempus retractus, etiam nimias aliquando conseruari.*

9 *Agitur de lege* si fundum, C. de rei vend. *& denunciationibus factis post denunciationem*, & num. 10.

11 *Quid faciendum, censendumve sit, si meliorationes factæ sint non malignè in re omnino restituenda, si dominus non sit soluendo, an sit sibi carendum re sua.*

12 Si

12 *Si in contractu appositum sit quod possessor rem melioret, & melioratam relinquat, quid censendum sit de meliorationibus, an debeantur, & de verbo* Emponema; *&* num.21.

13 *Meliorationes quæ fiunt ex natura & necessitate pacti conuenti nemo deducit.*

14 *Perempta re meliorata quomodo succurratur expensas facienti in iudicio vniuersali.*

15 *Qui in iudicio de expensis non egit, an in exequutione opponere possit.*

16 *In exequutione sententiæ potest opponi exceptio quæ non impugnat directò sententiam, sed eam vel moderatur, vel limitat.*

17 *Extenditur etiamsi in iudicio de expensis actum sit, si tamen non sit quicquam de his à iudice pronunciatum.*

18 *Executor qui exequitur sententiam in addicendis expensis, & traditione rei, ordinem sententiæ sequitur.*

19 *Meliorationes, si non sint certæ & liquidæ in causis executiuis & summariis, an inducant retentionem; & quid iudicauerit noster Senatus.*

20 *Meliorationes iure proprio fiunt facientis, & potest legare & donare, & vendere, contra Dominum Franciscum Sarmiento.*

21 *Emphyteuta quas meliorationes conseruet sibi, quasque teneatur facere ex natura contractus*: num.21. *& quas amittat ob commissum*: num.22.

23 *Traditur regula distinguendi emphyteusin à locatione, ad multa.*

1 N eo autem, qui à principio fuit possessor bonæ fidei, deinde malæ fidei, idem obseruandum est, quod superiùs tradimus, iuxta distinctionem de necessariis, vtilibus, & voluptatis expensis; de quo *l. Iulian. ff. de rei vend.* vbi Vlpianus ait, [Si in aliena area ædificassem, cuius bonæ fidei quidem emptor fui; eo autem tempore ædificaui, quo iam sciebam alienam, videamus an nihil mihi exceptio prosit; nisi fortè quis dicat prodesse de damno solicito: puto autem huic exceptionem non prodesse, nec enim debuit in alienam aream certus ædificium ponere. Sed hoc ei concedendum esse, vt sine dispendio domini tollat ædificium quod posuit.] Hæc Vlpianus, qui ei, qui à principio fuerat bonæ fidei, superueniente mala fide pro expensis abrasionem, non exceptionem de dolo concedit, *l. sed & si lege, §. si ante litem contestatam, ff. de petitione hæreditat.* ibi: *Qui verò prædo est, & ante litem contestatam doli mali nomine tenetur; hic est enim dolus præteritus.*

2 Vlpianus ibi vocat dolum præteritum ante litem contestatam; namque ex eodem textu litis contestatio habet effectus malæ fidei, & æquiparatur malæ fidei, & non solùm litis contestatio, verùm ipsa denuntiatio: patet *in d. §. si ante litem*, ibi: *Quoniam post litem contestatam omnes incipiunt malæ fidei possessores esse: quinimmo post controuersiam motam, & denunciationem. l. si fundum, C. de rei vendicat.* quæ quidem opportuna sunt ad eum qui cœpit ædificare bona fide in alieno, demùm mala fide perfecit, vt in eo regula de malæ & bonæ fidei possessore seruetur. Vide inferiùs *cap. 23. num. 4. & 5.* vbi de bona fide & litis contestatione: quod autem de litis contestatione & denunciatione, quod habeat effectus malæ fidei, cautè accipiendum est: namque reuera litis contestatio,

testatio, & controuersia, siue denunciatio & protestatio non sunt mala fides, neque necessariò concluditur: *Controuersia mihi de domo mota est: ergo domum mala fide possideo*; quia litis contestatio, & denunciatio fictè mala fides censentur, non verè. Vnde verba illa dicti §. *si ante litem*, ibi, *quoniam post litem contestatam omnes incipiunt malæ fidei possessores esse, quinimo post controuersiam motam*, Iureconsultus ibi apposuit, & ex his quæ frequenter fiunt, traxit regulam; bona enim & mala fides verè non dependet ex controuersia mota, vel ex contestatione; cùm hi actus non dependeant ex scientia rei alienæ; est
namque bona fides iudicium priuatum, quo quisque secum de rebus suis diiu- 3
dicat in animo suo, in quo fides iudicium est, quo ego iudico rem petitam, vel nondum petitam ad me pertinere vel non pertinere, tacitus quidem; ex quo iudicio si conscientia dictat, rem ad me non pertinere, malæ fidei possessor sum; sin contrà, bonæ fidei sum possessor, quicquid nuncies, vel petas: vnde ad diiudicandum bonam vel malam fidem alicuius inquirenda est ex circunstantiis eius conscientia; si verè habuit conscientiam rei alienæ, malæ fidei possessor est; sin contrà, bonæ fidei censetur, *l.* 1. §. *Iulianus scribit*, *ff. de itinere actuque priuato*, ibi: *Non enim opinio tua, sed mea quærenda est*; cùm tamen inter bonam & malam fidem medium reperiatur: bona autem fides pendet ex conscientia mea, non ex conscientia aduersarij, qui dicit rem ad se pertinere, & quamuis dubitans nec malam, nec bonam fidem habeat, *l.* 1. §. *scien-* 4
tiam, *ff. de tributoria*, glossa *in l. 1. Cod. de acquir. pos.* glossa *in l.* 3 §. *generaliter*, *ff. eod.* glossa *in l. 2. ff. pro socio*, quas communiter recipiunt nostri ibi post Ias. & Alexand. tamen dubitans speculatiuè non statim tenetur rem restituere, quamuis dubitet speculatiuè; qui enim rem possidet iure dominij, quamuis cogitet rem illam furtiuam esse potuisse; tamen quia practicè non est dubius, cùm adhuc non appareat probabiliter quod aliena sit, interim dum speculatiuè dubitat, iustè rem illam possidet titulo dominij; cùm verò practicè innotescat dominium alienum, tunc quidem dubitatio illa fortis est, & propiùs accedit malæ, quàm bonæ fidei; ita probat vt solet optimè, Ioan. de Medina *lib. de restit. quæst.* 17. Adrianus *quodlibeto 2. vers. ad primam confirmationem*. Ex
quibus sola petitio aduersarij, vel denunciatio eius qui dicit rem quam ego iu- 5
re dominij bona fide possideo, ad se modis omnibus pertinere, non verò ad me, nihilo alio adducto, non statim adeò me dubitantem facit, vt malæ fidei reddat; quandiu enim alias circumstantias, argumenta & indicia non adduxerit, adhuc illa dubitatio speculatiua est, non practica, possumque rem retinere iure dominij, quia verè adhuc conscientiam non habeo rei alienæ, vt patet ad oculum. Ex quibus, quantum arbitror, iam semel in hoc Regio Senatu animaduerti condemnationem fructuum rei petitæ factam fuisse à tempore attestationum publicatarum, non verò à tempore litis contestatæ; quia tunc videri potuit possessor, practicè quidem propter attestationes dubitare potuisse: quod attinet verò ad nostram tractationem, in qua agimus de meliorationibus factis à possessore malæ fidei, & bonæ fidei, plurimùm intererit animaduertere, qualis illa mala fides sit, an ficta, vtpote per litis contestationem vel protestationem; an vera, quod tenet Carolus Molinæus *dict.* §. 22. *num.* 50. qui nihil adducit. Quod si is semel incepit, posteà verò superueniente mala fide 6

N ædificium

ædificium perfecit, & re vera malam fidem habuit cùm opus perfecit, iudicandum erit secundùm regulas quæ de bonæ fidei, & malæ possessore traditæ sunt; si verò denunciatio & petitio sequuta sit, & demùm litis contestatio; quoniam hæ omnino verè malam fidem non inducunt, sed fictam, locus erit arbitrio iudicis, an conseruari possint huiusmodi meliorationes, necne, idque ex causis: eæ autem in eo versabuntur, an causas habuerit faciendi, an verò adeò forte ius præstiterit actor, vt reus qui conuenitur, iustè ædificasse non potuerit; atque ex hoc arbitrio sæpè conseruatas post litem contestatam vidi, sæpè non conseruatas, variè ex causis iudicante Senatu. Latissimè de hac litis contestatione, quatenus malam fidem inducat, agimus infrà *cap.*23. *num.*11.12.*&* 13.*& sequent.*

7 Vnde effectum est, vt in hoc Senatu quotidie expensæ factæ post commissum, ex quo apertissimè res emphyteutica à vero Domino euinci potest, vtpote post pensionem non solutam tempore legitimo, scilicet triennio, vel biennio, vel post venditionem factam, aut aliam alienationem vniuersæ emphyteusis irrequisito Domino, contra ius & formam instrumenti emphyteuticarij, & contra pacta conuenta, aliquando conseruentur, aliquando verò non, variè iudicante Senatu, vt diximus, ex variis circumstantiis personarum & causarum, ex moribus item in patria inueteratâ consuetudine receptis, qui plurimùm possunt circa leges emphyteuticarias; omnia hæc variè mouent iudicem cordatum & prudentem, atque ea decisio quæstionis, an meliorationes factæ post commissum sint soluendæ? pertinet ad arbitrium iudicis prudentis, an scilicet factæ sint ex malignitate animi, vel vtrum illa melioratio ipsum dominum potiùs grauet, quàm rei de qua agitur, prosit: & singularem decisionem iuris habemus *ex l. sed an vltro*, §.1. *ff. de neg. gestis*, ibi: *Quid enim si insulam fulsit quam dominus quasi impar sumptui dereliquerit, vel quam sibi necessariam non putauerit? Onerauit, inquit, dominum, secundùm Labeonis sententiam; cùm vnicuique liceat & damni infecti nomine rem derelinquere. Sed istam sententiam eleganter Celsus deridet; is enim negotiorum gestorum, inquit, habet actionem, qui vtiliter negotia gessit: non autem vtiliter negotia gerit, qui non necessariam rem, vel quæ oneratura est patremfamilias, aggreditur.* Hæc Vlpianus. Ex quo arbitrium pendet, an proficere rei vel domino volueris meliorando, an magis ipsum sumptibus onerare, *l. si seruos, ff. de pignor.* quam adduximus suprà *cap.*1.*num.*22. textus elegans *in l. duo fratres, ff. de neg. gest.* aliàs, *ex duobus fratribus*, 28. quæ Modestini est, cuius verba pulchra sunt. [Ex duobus fratribus (inquit Modestinus) vno quidem suæ ætatis, alio verò minore annis, cùm haberent communia rustica prædia, maior frater in saltu communi habente habitationes paternas ampla ædificia ædificauerat, cumque eundem saltum cum fratre diuideret sumptus sibi quasi re meliore ab eo facta desiderabat, fratre minore iam legitimæ ætatis constituto. Herennius Modestinus respondit, ob sumptus nulla re vrgente, sed voluptatis causâ factos, eum de quo quæritur, actionem non habere.] Hæc Modestinus, quæ decisio opportuna est ad lateritias, & ex lapide quadrato erectas ædes ruri, nulla vrgente necessitate, vt ad voluptatem pertinere videantur; & addenda sunt ad Molinæum *in feudis*, §.30.*num.*103. *tit.*1. qui generaliter decidit periculosè.

Atque

Atque ita tenet Boërius *decisione* 47.*num*.10. decidendum esse ex coniectu- 8
ris & circunstantiis temporis & loci, & personarum: item ex quantitate, an malignè factæ sint meliorationes. Inde infert ad casum satis quotidianum, vt emptor rei auitæ, quam tamen intra tempus legitimum possit proximus retrahere, si expensas intra illud tempus nimias fecerit, videatur fecisse malignè, vt conseruari sibi non possint; quod est notabile ad leges nostras, quæ de retractu scriptæ sunt: & Tiraquellus *de retract. conuentionali*, §.7.*num*.5. qui volunt huiusmodi expensas & meliorationes factas esse malignè, & ferè tota Gallia est in illa opinione, quod voluit Iacobinus *in auth. qui rem*, *Cod. de sacrosanct. Ecclesiis*, vt factæ meliorationes post commissum, atque ita eo tempore, quo planè cognosco rem à me planè euinci posse, in fraudem domini factæ videri possint: melius tamen id ex circumstantiis, & ex quantitate expensarum diiudicabitur, iuxta ea quæ diximus. Vide latissimè & copiosè Aluarum Vasquium, qui hæc, vt solet reliqua, locupletissimè prosequitur, *dict. quæst*.25. *num*.4. & infrà *cap*.18. vbi de emptore agimus.

Proximum huic est, quod de protestatione comminiscuntur Doctores, vt
si quis antè denunciauerit, ne fiant meliorationes, inducta videatur mala fides; 9
de quo multa Boërius *dict. decisione* 47. *per totam*: quam rem si altiùs & cordatiùs item inspicias, comperies multos protestationis effectus multiplicasse Doctores. In quæstione verò ista existimo ex his quæ diximus intelligendum esse, siue dominus protestetur, qui fundum euicturus est, siue non protestetur, totam rationem deducendarum meliorationum & expensarum dependere non ex protestatione, sed ex iure; namque si legitimè fiant, ius quod in inuitum redditur, cogit vt soluantur; solutio enim ipsarum pendet ex iure, non ex voluntate domini prohibentis: si verò pendeant omnino ex voluntate domini, tum plurimùm poterit huiusmodi protestatio; quam tamen rectiùs prohibitionem eius qui prohibere potest, nuncupabis, non verò protestationem, de quo est singularis textus *in l. fin. Cod. de negotiis gestis*, vbi dominus rectè prohibendo expensarum nomine nihil soluit: de quo textu vide Corsetum, *verb. expensa*, vel primò *in singularibus suis*; addit enim quinque declarationes. Itaque ea lex finalis rectè & propriè applicabitur domino, qui ab initio prohibet meliorationes fieri; quod plurimùm differt à protestatione: vbi autem possessori, qui expensas facit, ius quæsitum est in ipsa re, quam meliorat suis sumptibus, vel ex lege, vel ex contractu; tunc quia confectio meliorationum non dependet ex voluntate domini, prohibitio vel protestatio hoc tempore parum efficiunt; aliunde enim tunc dependet ratio soluendi expensas, quàm ex protestatione, scilicet ex arbitrio iudicis, de quo *in d. l. in fundo*, vt *in dict. l. si seruos*, & *dict. l. sed an vltro*. Ex quibus quotidie expensæ vel conseruantur, vel non conseruantur, & ratio de quantitate, & circunstantiis habetur: nec quicquam facit lex *aut si ante denuntiatum*, *ff. de rei vendicatione*, ibi enim longè alia est denunciatio, quàm ea de qua agimus; soluuntur enim ibi expensæ quæ aliàs non erant soluendæ propter dissimulationem; hîc verò agimus de non soluendis expensis propter denunciationem factam; qui casus pugnat ex diametro cum dispositione dictæ legis *si ante denunciatum*; licèt ille textus in argumento allegetur ad illud, scilicet, quod protestatio excuset à

solutione expensarum. Allegat Boër. *decisione* 44. *num.*8. & Aluar. Vasq. *dict. q.*25.*num.*10. ille tamen textus fundat se in dissimulatione actoris, quæ par fuit dolo, ex glossa ibi: *Si enim seruum suum esse dixisset, cùm requisitus fuit, possessor eundem non erudisset; postquam autem institutus est seruus, tunc actor dominum se eius serui professus est: meritò ergo eius simulatio & dolus sibi nocet, vt expensas soluat.* Tum etiam quia pronum est magis interpretari vt expensæ soluantur, quàm vt non soluantur, si nihil aliud obstet; quia ille qui expensas facit, de damno agit vitando; contrà verò de lucro ille accipiendo, qui expensas se non soluturum esse ait; quæ causa non solet fauorem commereri, *ex l. si me & Titium, ff. si certum petatur.* Igitur *in dict. l. aut si ante denunciatum,* æquius fuit, vt expensæ soluerentur. In nostro autem casu agimus de non soluendis expensis post denunciationem, vbi fauor nullus est; ob id iustis decretis res temperanda est, vti diximus; non verò ita indistinctè censendum, vt omninò non soluantur.

10 Nec quicquam etiam facit lex *si fundum, C. de rei vendicatione*; quia si rectè inspiciatur, quicquid ex ea colligant Bart. & Baldus, tamen veriùs Paulus de Castro ibi verum sensum assequutus, longè aliam speciem constituit eius legis, quàm eam de qua nos agimus; ait enim *ex l. si quis inficiatus, ff. depositi,* quod non teneor credere tibi qui dicis fundum, quem ego illicò empturus sum, ad te pertinere, nisi aliquid ostendas, quo id mihi verisimile fiat; ait tamen, quoniam illa denunciatio fuit facta re integra antequam acquireretur res emptori, quod debebam tibi credere, & perquirere veritatem antequam emerem; quia de facili poteram abstinere ab emendo; deinde ait, quod postquam emisses, per illam simplicem denunciationem non constituerem te in mala fide, si non ostenderem me esse dominum, *ex dict. l. si quis inficiatus.* Denique ex Pauli interpretatione ideò ibi denunciatio operatur effectus malæ fidei, quia emptori nullum ius erat adhuc in re emenda, quod diuersum ius constituit in casu contrario, vbi alicui ius quæsitum sit, vt denunciatio illa possessori nihil noceat; cùm expensæ autem fiant à possessore, qui ius habet in re, & qui contendit se dominum respectu expensarum, illa protestatio parum efficiet. Et reuerà interpretatio Pauli est rationi conuenientissima; sed præter illum difficilè colligis *ex dict. l. si fundum*, solam illam denunciationem induxisse malam fidem, quia verba illius legis sub conditione sunt, scilicet, *si non rectè is, contra quem preces funditis, comparauit fundum vestrum, admonentibus vobis per denunciationem volentem ad emptionem accedere, quod distrahentis non fuerit, vel alio modo mala fide contraxit.* Rursum etiamsi ex denunciatione voluerit deducere malam fidem, ex natura verbi, *vel alio modo*, quod verbum *aliud*, similitudinis est; tamen Imperator fundum restitui iubet cum fructibus, qui cum mala fide percepti sunt; non verò, inquit, *cum fructibus, qui post denunciationem percepti sunt*; quasi velit posse fieri vt denunciatio illa malam fidem non inducat, vt in arbitrio iudicis sit, ex circumstantiis, & probationibus constituere malam fidem à tempore denunciationis vel post. Et adhuc lex illa singularem considerationem habet, circa fructus, qui naturali quadam ratione rem ipsam sequuntur, & cum re abeunt; ob idque cùm denunciatio illa sequutâ causâ, & verâ probatione ipsius sufficiens fuerit ad inducendam malam

malam fidem, quantùm ad rei restitutionem, necessariò id quoque recipiendum fuit circa fructuum acquisitionem, qui rem sequuntur, *l. quod si minor, §. restitutio, ff. de minoribus, l. verum, §.1.l.patri, §.si pecuniam, l. minor viginti quinque annis cui fideicommissum, ff. eodem, l.1. titul. 19.part.6.l. videamus. §. in Fauiana, ff. de vsuris, l. ex diuerso, §.1.ff.de rei vend.* Quod attinet ad expensas illas de lege nihil deciditur, nec bonum argumentum præstat ex doctrina Pauli, quam adduximus suprà. Præterea omnes fatentur, denunciationem illam per se nec bonam, nec malam fidem inducere, sed adiuuari probatione sequuta; quod ferè commune est omni protestationi, vt iustificetur probatione, vel instrumento, *ex l. final.ff.de leg. commiss.* notant Doctores *in l. qui alienam, §. Celsus, ff. de acquir. hæred.* vbi Iason. & *in l.non solùm, §.morte, ff. de noui operis nunciatione.* Cùm igitur dependeat ex sui iustificatione, necessariò dicendum est, solam denunciationem illam non producere malam fidem, postquam desiderat iustificationem, quæ iudici arbitraria erit. Itaque sola denunciatio non erit sufficiens, vt expensæ non soluantur, sed ipsius iustificatio ex circumstantiis, quas diximus; in quo quoque iudex quantitatem considerabit, si probabilem modum faciendi excesserit, *l.hæreditas, ff. de petition. hæreditatis*, ibi: *Si probabilem modum faciendi monumenti sumptus, vel quantùm testator iussit, non excedat.* Elegans textus *in l. Titius, ff. de actionib. empti & venditi*, vbi de sumptibus planè inquit Paulus: *Si in tantùm pretium excessisse proponas, vt non sit cogitatum à venditore de tanta summa, veluti si proponas agitatorem postea factum, vel panthomimum euictum esse eum qui minimo venit pretio, iniquum videtur in magnam quantitatem obligari venditorem.* Denique in hoc arbitrio quod tractamus, versatur ratio dictæ legis *sed an vltrò*, & dictæ legis *si seruos*, & dictæ legis *in fundo*, licèt Boërius decisionem dictæ legis *si fundum*, adducat ad impensas minimè soluendas propter protestationem, idque *decisione 17.num.2.* & adducit alia iura de protestatione, quæ nihil ad nostram hanc de meliorationibus materiam pertinent; proinde in hoc parum aut nihil protestatio valet; sed tota res arbitrio iudicis commissa est. Duplici ergo ex capite constituendum est in hac re, vt si dominus, qui plenum adhuc habet ius rei suæ, & ex eius voluntate ante traditionem dependet tota ratio conficiendarum meliorationum, ab initio prohibuerit huiusmodi meliorationes fieri, minimè factæ soluantur. Hæc enim non est protestatio, sed prohibitio prohibere potentis, *ex d.l.fin.C. de negotiis gestis*, & iis quæ notat Bart. *in l. non solùm, §. morte, ff. de noui operis nunciatione, num.* 42. quæ plurimùm faciunt ad eam clausulam, quæ apponi consueuit in contractibus, vt nullæ meliorationes fiant; quæ cum ex conuentione partium ius accipiant, & apponantur eo tempore, quo domino plenum ius est prohibendi, rectè huiusmodi impensæ factæ non debentur. Quod tamen sanè intelligendum est, nisi tales impensæ necessariæ sint; hæ enim ex his, quæ diximus, omnino debentur, & semper deducuntur, non obstante hac clausula, *dicta l domum, C. de rei vend.l.planè, ff. de petitione hæred.* ex ea ratione, quia non factis necessariis expensis damnum resarcit, *l. ei qui, §.fin.ff.de petitione hæred.*

Quod si post contractum, atque ita post acquisitum ius possessoris ex ipso contractu expensæ fiant, siue lite mota, siue non mota, siue extra iudicium,

siue in iudicio fiat nunciatio, vel protestatio, tota ratio soluendarum expensarum dependebit iam tunc non ex prohibitione domini, nec ex denunciatione facta, sed ex ore & arbitrio iudicis. Tiraquellus *in 2. retract. num. 5. pag. mihi 752.*

11 Quod si expensas fecerit possessor, quæ sine detrimento abradi non possint, atque eas sine dolo, nec malignè, quia nec mota lis est, neque commissum aderat, nec aliud suberat vnde mala fides coniiceretur, obtineri poterunt. Idque non semel attentatum animaduerti, si dominus pauper sit, & qui soluendo non sit meliorationes has, vt res quidem restituatur de qua agitur, ne omnino dominus re sua careat; verùm ipse dominus saltem ex redditibus annuis persoluere debet donec meliorationum huiusmodi factarum expleat quantitatem, vel ad rationem vnius pro quatuordecim respectu totius summæ meliorationum, quousque integram persoluat, ex eo quod iniquum sit cum mea iactura dominum locupletari; simúlque vt domino pauperi succurratur, vt hoc modo & domino egenti, & possessori bonæ fidei expensas vtiliter & necessariò facienti bona fide & sine dolo æquè succurratur, *ex d. l. in fundo, iuncta l. si me & Titium, ff. si certum petat.* in vtroque enim æquitas reperitur, vt & ille rem suam habeat, & possessor expensas suas recuperet. Ita tenet Aluarus Vasquius *d. q. 25. num.* 10. Quam ego sententiam duriusculam esse existimo, cùm non teneatur possessor istas suas expensas minutatim accipere, sed integras, *arg. l. tutor, § Lucius, ff. de vsuris,* & iis quæ ibi notantur.

12 Quod si in contractu ipso dominus pactum apposuerit, quod possessor rem meliorem efficiat, seu quod res meliorata restituatur; tunc quidem arbitrium iudicis in eo versabitur, vt res meliorata restituatur, ex forma pacti conuenti; quod tenet Gregorius Lopez *in l. 24. tit.* 8. *part.* 5. Afflictus *in §. si vassallus, hic finitur lex in vsibus feudorum, num.* 6. nobis est *lex* 24. *tit.* 8. *part.* 5. vbi textus expressus; quem tamen intellige in casu in quo loquitur, scilicet, in conductore, qui ad nullas expensas tenetur; ideò vt pactum aliquod operetur, tenendum est teneri eum relinquere rem melioratam ex forma pacti conuenti: in emphyteusi autem, cùm detur ad meliorandum, ex natura contractus, & verbi emphyteusis propria acceptione difficultatem habebat ex eo, quia verba illa non videbantur mutare iuris dispositionem, cùm exprimant illud quod iam inerat ex natura contractus; atque ea quæ tacitè insunt, etiamsi exprimantur, nihil operantur, sed expressio ex iuris dispositione formam accipit: quo iure quia emphyteuta meliorare tenetur, melioramenta quoque relinquet domino, *argumento l. non rectè, C. de fideiussoribus.* Adde quod tradit Paulus de Castro *in l. penultima, ff. locati, l. si conuenerit, ff. pro socio:* ex quibus Pinellus *in l. 2. de rescindend. vendit. parte 1. cap. 3. num.* 10. tenet, quod in emphyteusi propter illam clausulam, quod res meliorata restituatur, nihil addatur præter id, quod iure cautum erat; expressum autem erat, vt expensas quæ venirent ex natura emphyteusis, emphyteuta amitteret, vt insitio, cultura, plantatio & alia id genus; maiores verò meliorationes & pretiosas vtiliter factas, quæ non venirent ex natura verbi *Emponematos*, vt erectio ædium, & molæ frumentariæ, & alia id genus, obtineri posse; quia hæc non continentur verbo illo *Emponematos*, de quo *in authentico de alienatione & emphyteusi,*

§. *si*

§.si quis verò: atque id notauit Carolus Molinæus *consuet. Paris.* §.1.*gloss.*5. *num.*73. & cum eo tenet Pinellus *vbi suprà*, scilicet, vt verba illa, *relinques rem melioratam*, vel *cum melioramentis*, habeant hanc iuris interpretationem: in quo tamen variè aduertendum est ad verba contractus; de his infrà agimus *hoc ipso cap.num.*21. ex quibus manifestè dominus Franciscus Samiento nimis generaliter constituit, omnes meliorationes finita emphyteusi pertinere ad dominum, idque indistinctè, siue commisso, vel ob culpam res emphytheuticaria ad dominum reuertatur, siue finito tempore reuertatur: tum etiam sine distinctione harum meliorationum, quæ fiunt ab emphyteuta ex natura contractus, vt est, insitio, plantatio, & cultura; & earum quæ non fiunt, nec veniunt ex natura contractus, vt est erectio domus, parietum, deductio riuorum, ductus aquæ, & alia id genus, idque tenet ille *lib.*3.*selectarum quæstion. cap.*4. vbi *num.*4. id tenet. Tota ratio ipsius est, quia emphyteusis datur ad meliorandum, quod quidem verissimum est; non tamen pretiosè, & magnificis sumptibus & expensis, sed rusticis, qui conueniant contractui emphyteusis, ipsiusque rationi; vnde hi sumptus rustici, scilicet insitio, plantatio, & cultura, reductio nempe montis & syluæ ad culturam, remanent domino, vtcumque finiatur emphyteusis; non illi maiores & pretiosi, vt dicemus infrà, *num.*21.

Si quæ verò meliorationes fiant ex necessitate pacti conuenti, nemo repetit; sunt enim pars contractus, *l.fundi partem, ff. de contrahend. empt.* Ias. *in l.*1.*num.*26. & *in l.*2.*num.*32. *Cod.de iure emphyt.* Pinellus *in l.*2.*cap.*3. *num.*10. *Cod.de rescindend.vendit.* facit lex *colonus, ff. locati, l.dominus horreorum*, §.*in conducto, ff.eod.* ibi, *cum id non conuenisset.* 13

Quoniam verò diximus suprà, *ex l.si in area*, quod non iure actionis, sed exceptionis ope, aut retentionis beneficio deducimus sumptus; reliquum est, vt perempta re, nihil nomine sumptuum & expensarum habeamus; in re enim quæ non est, retentio esse nequit; quia eius quod non est, nullæ sunt qualitates: quod in iudicio vniuersali locum non habet, in quo perempta re impensas in ea factas adipiscimur, ope exceptionis, vel retentionis retinendo aliud, quod hæreditarium sit, *l.planè, ff.de petit.hæred.* ibi, *Vt bonæ fidei quidem possessor omnino impensas deducat, licet res non extet*, vt ex decisione Pauli tradit ibi Anton. Gomez *in l.*46. *Tauri*, & quos ipse allegat. 14

Hinc est, quod quamdiu rem possidemus, ipsammet rem retinere possumus pro impensis, vnde condemnatus ad rei restitutionem, qui in ipso iudicio de sumptibus nihil egit, in exequutione adhuc agere potest; quia hæc ipsa de sumptibus exceptio non impugnat directò ipsam sententiam, nec ipsam principaliter labefactat, sed potiùs exequutionem ipsius respicit; nam qui retinet, non dicit non esse exequutioni mandandam sententiam, nec ait non esse consequendum, quod re iudicata conceditur, sed aliud agit, scilicet, rem illam penes se esse debere, donec de meliorationibus satisfiat; & ita cessare dispositionem textus *in l.peremptorias, Cod.sentent.rescind.non poss.* & habere locum quod tradit Bart.pro regula *in l.*1.*C.de de iuris & facti ignorant.* quod omnis exceptio, licèt peremptoria, quæ non venit directò ad impugnandam sententiam, sed eam limitat, & moderatur, in executione possit opponi post sententiam: 15

tentiam: quam regulam tenent post Bartol. omnes, & resoluit ibi Ias. *num.*15. & Bald. latissimè *in l.peremptorias, C. sententiam rescindi non posse.l. ex diuerso, §.fin.ff.solut.matr.l.Nensennius,§.fin.ff.de re iudic.l.si fideiussores, §.idem respondit,*
16 *ff. de fideiussoribus.* Tradit etiam Dominus Antonius Padilla, & Meneses *in l.*1. *C. de iuris & facti ignorantia, num.*36. ex quo Ias. vbi suprà ad multa infert & quotidiana, scilicet, ad exceptionem compensationis, vt possit opponi in exequutione sententiæ, cùm non sit directò contra ipsam sententiam, *l. etiam, C. de compensationibus, l.si cùm militi, §.* 1. *ff. eod.* Imola *in cap. cùm Ioannes Heremita, num.*15. *de fide instrumentorum*: idem tenet in exceptione, ne quis vltrà teneatur quàm facere possit, *dict.l.ex diuerso, §. fin.ff. soluto matrim.*idem in hypothecaria, & in exceptione inuentarij non confecti. Bald. *in l. peremptorias*, sæpiùs allegatus, & Ias. *in dict.l.*1.*num.* 17. de qua vide Domin. Antonium de Meneses *vbi suprà, num.*40.*& seq.* idem in exceptione impensarum tenet Iason *in dict.l.*1.*num.*16. Bartol. *in l. in fundo, num.* 17.*ff. de rei vendicat.* idem *in l. Paulus, ff.de doli exceptione*: idem tenet Alex. *in dict.l.in fundo*, idem Ias. *in dict.l.si in area*, Paulus *consil.*17. & *consil.* 326. quem allegat, & idem tenet Antonius de Fano *de pignoribus & hypoth.part.* 5. *memb.*4. ex quibus declarabis legem 9. *tit.*3.*part.*3. & magis extenditur decisio Hispana, quâ in exequutione sententiæ opponere licet exceptionem solutionis, aut liberationis, aut aliam exceptionem legitimam, vt scilicet omnes hæ exceptiones sint legitimæ, quoniam sunt à lege cognitæ & comprobatæ, & legis beneficio possunt reseruati ad exequutionem sententiæ. Tenet Dominus Antonius Meneses vbi suprà, *num.*39.

17 Quod extendere poteris etiamsi de talibus sumptibus & meliorationibus ante sententiam actum sit, dummodo de his nihil sit pronunciatum à iudice, quia casus contrarius sine difficultate est, scilicet, si super his esset pronunciatum: nec hæc nostra conclusio quicquam pertinet ad ea quæ notat Iason *in d. l.* 1. scilicet, si à iudice & parte ante sententiam de huiusmodi expensis actum sit; sed illud agimus, quando statim apertè de his meliorationibus actum est, nihil autem pronunciatur à iudice. Quæstio in eo est, an fuerit iudicis omissio, an verò videatur iudex absoluisse, ita vt ampliùs in exequutione opponi non possit, ex Ias. *in dict. l.* 1. *num.* 19. & in hoc aduertendum est, quod meliorationes, iuxta ea quæ diximus, aut petuntur actione, *ex l.domum, C. de rei vendicat.l.qui exceptionem, §.* 1.*ff. de cond. indebit.l. dominus, §.* 1. *ff. locati*, aut excipiendo, *l. Paulus, ff. de doli exceptione, l.si in area, ff.de cond. indebit.* Si petantur meliorationes per viam actionis, debet iudex expresè de illis pronunciare, aliàs omissio est. Imola, Antonius, & Felin. *in cap. significauerunt, de exceptionib.* de quo glossa *in l.* 1. *C. si aduersus rem iudicat.* & ibi Albericus contra Abbat. *in dict.cap.significauerunt*, qui censebat ex illa omissione induci absolutionem, de qua vide Couarr. *Practicarum. qq. cap.* 25. *num.* 6. *versic. Nam vbi petitæ sunt.* In hoc ergo casu licèt petantur in priori instantia, si in sententia nihil de illis sit iudicatum, in posteriori agi poterit; quod si & in secunda nihil pronuncietur, in executione agendum erit; atque si in secunda demùm pronuncietur deberi, aut non deberi, prima in hoc sententia erit, & ex quantitate ipsarum appellabitur, vel supplicabitur, quia in priori nihil

nihil de illis iudicatum est. Facit ad hoc Corn. *consl.*49. *lib.*2. *lit.f.* & Aymon. *consl.*302. de petitione in decem, & condemnatione facta in 5. an sit absolutio, vel omissio in aliis 5. At verò si opponantur meliorationes per viam exceptionis, adhuc possunt in executione deduci; quia qui exceptione succumbit, non prohibetur illud idem in alio iudicio per viam exceptionis aut actionis proponere, maximè quando super illa exceptione non fuit iudicatum; & talis erat exceptio, quæ non erat ex diametro contraria, nec incompatibilis cum actione, Bartol. *in l.fundum, ff. de exceptionibus, numero* 1. & *in l. qui Romæ, §. duo fratres, ff. de verbor. l.si autem, §. fin.ff. de negotiis gestis*, vbi Paulus de Castro. Et *in l.quod in diem, §. si rationem, num.* 3.*ff. de compensationibus.* Cum igitur exceptio de meliorationibus non sit ex diametro contraria, nec incompatibilis cum rei vendicatione, potest quidem stare condemnatio ad restitutionem rei, neque ideò sequitur absolutio à meliorationibus, nisi id expresse pronunciatum sit, quia vtrumque simul potest esse: vnde *ad l.*1, *C. de ord. cognit.* dicendum est, ex condemnatione in principali deduci absolutionem in incidenti, quando incidens, & principalis causa non se compatiuntur; ita quod vno necessariò tollendum sit alterum; in nostro casu secus est, ita Bartol. ibi, & Paulus vbi suprà. Felin. *in cap. suborta, num.*3.*&* 4. *de re iud.* & *in c. aduersariò, de exceptionibus.*

In executione autem sententiæ verba sententiæ attendenda sunt, ita vt si in sententia de meliorationibus priùs soluendis mentio fiat, priùs soluantur, iuxta sententiæ ordinem. Antonius de Fano vbi suprà, 5. *parte, membro* 4. *num.* 10. Paulus *consilio* 270. *libr.* 2. argumento textus *in l.statuliber rationem, §. fin.ff.de statulib. l. promissor, §. constituto, ff. de constit. pecunia, l. quoties, ff. de vsufruct. l.si alij fundum, ff. de vsufructu legato*; ordo enim literæ seruandus est, & à forma sententiæ non est recedendum, *l. cùm post sententiam, l. ex stipulatione, C. de sententiis & interlocutionibus omnium iudicum.* 18

Ille casus indifficilis est quoties simpliciter de meliorationibus soluendis in sententia actum est, de prioritate verò nec verbum; quod frequentissimum est, petente filio bonorum possessionem in bonis paternis ex testamento, vel ex causa intestati, bonorum possessore de meliorationibus opponente, expensisque & sumptibus factis. In quo quotidie itur ad decisionem Capycij, & ad ea quæ tradit Tiraquellus *de retract. conuentionali, §.*7.*glos.*1.*num.* 13. vt scilicet retentio concedatur, quæ ex hoc iure scripto concedenda videbatur; id tamen vbi meliorationes nec liquidæ fiunt, aut expensæ, nec facilè liquidari possint, quod ex qualitate expensarum quæ allegantur, animaduertit iudex, certè noster Senatus temperat aliquando si de vniuersitate bonorum agatur, &élioratum vnicum duntaxat prædium proponatur; cætera bona tradit dato meliorato prædio ad retentionem, ex Paulo *in dict.consil.*270. quod si expensæ & sumptus sint eius generis, qui totam hæreditatem inficiant, vt sunt expensæ litium vtiliter factæ, quæ tamen neque liquidæ sunt, nec breuiter possunt liquidari, tunc quidem præstita cautione de soluendo cùm liquidabuntur præsertim in causis summariis & exequutiuis, res ipsæ traduntur; quod præcipuè obtinet cùm hæres scriptus hæreditatis possessionem petit, vel vniuersale fideicommissum beneficio legis finalis, *C. de edicto Diui Adriani tollend.* 19

atque hoc videtur tenere Alexand. *in l. 4. §. ait Prætor, ff. de re iudicata*, Iason *in l. 1. ff. qui satisdare. cog. num. 2.* Non est enim impedienda restitutio rei liquidæ propter expensas non liquidas, *l. statuliber, ff. de statuliberis*: ita tenet Baldus *in cap. quoniam frequenter*, §. *in aliis*, *num.* 20. vt lite non contestata. Si vero exigui sumptus sint, licèt non liquidi; tunc vel eadem satisdatione, vel deposita pecunia apud sequestrum publicum res iubetur restitui. Antonius de Fano 5. *parte*, *membro* 4. *num.* 10. Aluarus Vasquius *de quæst.* 25. *num.* 23. & 24. In marito cessant omnia, qui propter sumptus & meliorationes retentionem nullam habet rerum dotalium, §. *sed neque ob impensas*, *l. vna*, *C. de rei vxoriæ actione*, *l. fin. tit.* 11. *partit.* 4.

20 Adde huic tractationi, quod meliorationes quæ ex iuris potestate, vel ex conuentione partium ad dominum non pertinent, ipsius conficientis sunt iure proprio, & ad hæredes eius, sicuti reliqua bona omnia, deferuntur, etiamsi emphyteuta sit, feudatarius, vel vsufructuarius: nam in colono minor ratio est dubitandi, qui ex natura contractus nullas meliorationes tenetur conficere, Paulus de Castro *consilio* 270. *volumine* 2. Bartol. Bald. Paul. *in l. penultima*, *ff. locati*, Iason *in authent. qui rem*, *C. de sacrosanct. Eccles.* Ias. *in l. 2. C. de iure emphyt. numero* 27. Bald. & Angel. in *l. Senatus*, §. *Marcellus*, *ff. de leg.* 1. Albert. Brun. *tract. de augmento & diminutione*, *conclus.* 20. quod obtinet in meliorationibus factis per vassallum in feudo *ex cap.* 1. §. *si vassallus*, *hic finit lex*, secundum intellectum glos. de quo Bald. & Isern. Textus *in l. Senatus*, §. 1. *ff. de leg.* 1. ibi: *Ergo si non est ei obstaturum quo minùs detrahat, dici oportebit legatum eum posse quod detrahere potest*: & notauit Carol. Molinæus vbi suprà, quod vniuersum est in emphyteuta, vassallo, & conductore, etiam ad longum tempus. In emphyteuta sano modo, quo diximus cum Carolo Molinæo *in* §. *gloss.* 5. *num.* 73. *consuetud. Parisiens.* & cum Pinello *in l.* 2. *part.* 2. *c.* 3. *numero* 9. & Balduino *in* §. *adeò*, *Institut. locati*, receptum esse, vt scilicet, meliorationes, quas ex natura contractus emphyteuta tenetur conficere, quia ad meliorandum rem in emphyteusim accipit, suas non efficit, vt est deductio riuorum, maceries, lucus plantatus, vinea insita: cætera autem quæ ex natura contractus non veniunt, sua efficit, & conseruat, & ad hæredes transmittit, scilicet, domum erectam, molas frumentarias, aliáque id genus pretiosiora, & quæ nomine *Emponematos*, non continentur. Si tamen in his maioribus illæ obseruationes admittantur, de quibus suprà, ita temperanda arbitror, quæ tradit Dominus Franciscus Sarmiento *Quæstionum select. lib.* 3. *cap.* 4. quod superiùs diximus. In colono autem & inquilino, aut conductore, siue eiecto, finita locatione, siue non finita diuersum ius est, quia ex his quæ diximus meliorationes suas efficit, & ad hæredes transmittit iure proprio, de quo *in l. penultima*, *ff. locati*. Tiraquellus *de retractu conuentionali*, §. 7. *num.* 17. Iason *in* §. *actionum*, *num.* 183. *Institut. de actionib.* Paul. *in authent. qui rem*, *num.* 6. *C. de sacrosanct. Eccles.* Namque in emphyteuta, si tempore emphyteusis finitur, meliorationes suas efficit maiores illas, de quibus suprà; si ob culpam eiectus sit, illas amittit; ita Molinæus vbi suprà, §. 1. *glos.* 5. *num.* 69. Alexand. *in l. Senatus*, §. 1. *ff. de legatis* 1. Beroius *in cap. potuit*, *de locato*, *num.* 146. de quo textus *in auth. de alienatione & emphyteusi*, §. *si quis verò*, *authent. qui*

rem,

rem, *C.de sacros. Eccles.* ita iudicatur ex Guidonis decisione 169. lex autem penultima, *ff. locati*, intelligenda est in casu in quo loquitur; ita notauit Bart. Paulus *ibi*, & Iason *in l. 2. C. de iure emphyt. numero* 27. contra Salicetum & gloss. *in dict. l. penultima*; quæ malè distinguebat inter emphyteutam Ecclesiæ, & priuatum; sed inter hos nulla differentia est, par enim ratio est non soluti canonis in vtroque: vide Pinellum *in dict. l. 2. cap. 3. num. 8. & 7.* Ex quibus patet, quomodo meliorationes ad efficientem pertineant, & statuendum sit pertinere ad ipsum; particularem autem rationem esse in emphyteuta respectu earum meliorationum, quas ipse ex natura contractus tenetur facere, vt has omni casu amittat, miniméque transmittat ad hæredes. In quo elegans est decisio textus *in l. fin. C. de iure emphyt.* vbi emphyteutæ licet expectatâ domini voluntate tempore ibi definito meliorationes suas vendere; & est *lex* 29. *tit. 8. partit. 5.* quæ tamen loquitur expressè de vendenda vel hypothecanda re emphyteutica, requisito domino; nihil verò attingit de meliorationibus. Præstat verò maximum argumentum, quod à fortiori illud recipiendum sit in meliorationibus, quæ iure proprio possidentur, postquam in re emphyteutica alienatio illa admissa est. Ex quibus quotidie videmus rusticos meliorationes suas obligare, quas fecerint in re emphyteutica; quia ipsarum veri domini sunt, & omnino à domino sunt easdem habituri, & iure proprio obtinentur: quod eò notauimus, quod Dominus Franciscus Sarmiento inter meliorationes & ius emphyteuticum nullum discrimen constituit, *lib. 3. cap. 2. numero* 8. Quoad alienationem mihi probabilis differentia est, vt fortior sit ratio in expensis, quàm in re emphyteutica. Nec quicquam facit lex *Senatus*, *ff. de legat. 1.* quia decisio illius textus particularem habet rationem, deformitatem vrbis, & ædificiorum; qua ratione aliqua in iure contra notissimas iuris regulas reperiuntur: quod adduximus *capite primo*, *num.* 28. & est *lex sed si mortis*, iuncta lege *quod si vir vxori*, *ff. de donationib. inter virum & vxorem.* Ex quibus emphyteuta, secundùm veriorem intellectum Molinæi *dict. gloss. num.* 73. siue 22 finita sit emphyteusis tempore, siue culpâ suâ, & commisso, maiores expensas quas fecerit semper obtinebit, ex vi verbi quod tenet Balduinus *in §. adeò, Instit. locat.* & Pinellus *in dict. l. 2. part. 2. cap. 3. numero* 9. quam latè quoque & doctissimè defendit Aluarus Vasquius *iuris emphyteutici d. q. 25. num. 3.* qui asserit ita fuisse iudicatum secundùm hanc æquam sententiam, quâ ipsemet *num. 4.* latissimè probat meliorationes pertinere ad emphyteutam & eius hæredes, vti rem propriam; & adducit Carolum Molinæum dicentem, quod hæc est veritas. Faciunt enim fortissimè duo, vt emphyteutâ non soluto canone, vel aliàs amittente emphyteuticam rem, etiam ob commissum; deducat tamen maiores expensas. Primum, quia lex solùm id statuit, vt emponemata amittat sua; quod verbum maiores expensas, putà molas frumentarias, & ædes erectas, ex propria significatione non comprehendit, vt trahunt Pinellus, Aluarus Vasquius, Balduinus, & Molinæus vbi suprà. Tum etiam facit, quia iniquum videri poterit dominum locupletari cum rustici iactura; & cùm rusticus diliquerit, quia non soluerit triennio decem annua, centum in meliorationibus persoluat. Contra communem sententiam, qua dicimus pœnam esse commensurandam delicto. Igitur has maiores expensas semper habebunt & iure quidem proprio.

Quod autem diximus de colono, vt expensas omnino suas faciat, & ad
23 hæredes transmittat, illud extendit Ias. & benè *in auth.qui rem, num.1. Cod. de sacros. Ecclesiis*, ad conductorem longi temporis, vt etiam hic expensas repetat, etiam ob culpam eiectus; pessimeque in hoc æquabitur conductor ad longum tempus, & emphyteuta; siquidem dispar vtriusque ratio. Et quamuis multa comminiscantur Doctores communia, inter emphyteusin, & locationem ad longum tempus, de quibus Boërius *decis.234.* & Tiraq. *de retractu lignagier, §.1.glos.14. num.79.* tamen ea aut sunt sine lege, quæ modo non prosequor, aut nihil faciunt ad impensas, de quibus nos agimus. Planè ex contractu locationis, licèt ad mille annos, nunquam insurgit necessitas faciendi meliorationes, quantùm est ex natura contractus; vnde semper meliorationes habebit. Nec quicquam facit quod locatio sit ad annos mille, vel ad vitas & generationes; hæc enim non est ratio distinguendi locationem ab emphyteusi, sed pensio quoque, & translatio dominij vtilis. Itaque si res locetur ad vitas & generationes cum modica pensione ad recognitionem dominij directi, emphyteusis censenda est, licèt nomine locationis concepta sit, *ex l.1.Cod.de iure emphyt.* in colono enim plerumque par fructibus pensio constituitur, ob idque etiamsi ad vitas, & sub nomine emphyteusis res concedatur sub pensione quæ par sit fructibus, locatio potiùs censenda est; quod notat Beroius *in dict.cap.potuit, num.150. de locato*, Ias. *in l.2. Cod. de iure emphyt.num.27.* Cagnolus *in l.si quis maior, num.34.* & infrà, *Cod de transact.* & ita quotidie ad remissionem mercedis ob casus fortuitos, solitos vel insolitos; item ad impensas, & alia quæ occurrunt, & solent decidi ex natura contractus locationis vel emphyteusis, si dubitatio sit, non ex vna re duntaxat, sed ex pluribus perquirit Senatus noster, atque in primis id inquirit, an ad vitas, an parua pensio, an in recognitionem dominij pensio constituta sit, ex quibus si simul concurrant, emphyteusin iudicat, etiamsi locationis nomine concepta sit. Sola enim modicitas pensionis nec locationem, nec emphyteusin facit; item nec concessio ad vitas, cùm possit locari quoque res ad vitas: in dubio autem hæc duo simul fortissimè persuadent emphyteusin contractum esse, quæ ad vitas sub modica pensione concessus est. Rursum concessio sub pensione, quæ par sit fructibus, in dubio locatio censetur, ex Bart. *in l.1. Cod.de iure emph.* & sequentibus ibi reliquis; sed verè singula hæc non distinguunt contractus hos, quod ferè plerique arbitrantur; sed ferè omnia illa tria iuncta: quod enim traditur, quod in emphyteusi pensio modica esse debeat, ferè sine iure est; nec item sequitur per necessariam consequentiam, *Par pensio est fructibus: ergo locatio est.* Potest enim par fructibus pensio in emphyteusi constitui; atqui si in recognitionem dominij constituatur, emphyteusis erit. Itaque in hoc Senatu sæpè video ex contractus serie animum contrahentium perquiri; in dubio autem pensio exigua, & concessio ad vitas emphyteusin persuadet ex Baldi doctrina, quæ quotidie allegatur *in cap. litteræ, num.5.de dilationibus*, Ias. *in l.1.num.35.& 36.Cod.de iure emphyt.* & facit ad multa; namque ex quantitate iudicium accipitur ad cognoscendum contractum. Glossa *in l.1.vers. agendo, ff.de superficiebus.* Hippolytus *singular.105.* Palacios Rub. *in repet.cap.21. num.4.* Franciscus de Aret. *cons.6. num.9.* Ias. *in l.ex*

*l.ex conuentione, ff.de pactis, num.*2. Tiraq. *in l.si vnquam, vers. donationem*, 2. *Cod.de reuocandis donationib.* & in hoc nostro casu pensio æqualis fructibus in dubio semper persuadet contractum locationis ex vsu communi in contrahendo obseruato: & tenent glossa *in authent. perpetua, vers. sextam, C.de sacros. Eccles.* Socinus *in l.Gallus, §.etiamsi parente, num.6. ff.de lib.& posth.* Aretinus *cons.*55. latissimè Aluarus Vasquius *quæst. de iure emphyteut.*27. *num.*9. *&* 11. & ij qui tenent exiguitatem pensionis, vel magnitudinem, maximum præstare argumentum ad cognoscendum contractum, iuxta hæc quæ à nobis dicta sunt; & attingit ad hanc quæstionem Gregorius Lopez *in l.*28.*titul.*8. *part.*5. & est optima declaratio ad ipsammet *l.*28. ex iis quæ scripsit Pinellus *in dicta l.2.part.2. cap.*3.*num.*8. vt sola concessio ad vitas induceret naturam emphyteusis: quod tamen perpetuum non est, nisi quoque aliunde iuuetur, ex his quæ diximus, ex quibus vtcumque emphyteusis à locatione cognoscetur. Conductor ergo indistinctè impensas suas facit, emphyteuta non item; nam quæ ex natura contractus impensæ fiunt, domino relinquuntur, cæteras iure proprio suas facit, & nullo casu amittit, etiam ob commissum, secundùm mihi veriorem opinionem: at verò conductor indistinctè meliorationes suas facit, quia nullo casu tenetur conficere.

CAPVT VII.

Quomodo meliorationes traditas quis consequi possit, *ex l. Si in area, ff. de condictione indebiti.*

Notabilia ex cap. septimo.

1 *Qi rem melioratam tradidit, quieque egit de meliorationibus, an possit easdem consequi, & de* lege si in area, ff. de cond. indebiti.

2 *Difficilis redditur decisio textus* in dict.l.si in area, *ex aliis iuribus, quæ actionem concedunt ad recuperandas expensas traditas.*

3 *Verus intellectus ad legem* si in area, *& conciliatur cum lege* qui exceptionem, §. si pars, ff. de cond. indeb. *& cum* lege domos, *&* lege si modo nulla, ff. de leg. 1. *& cum aliis iuribus.*

4 *Confunditur de iuris rigore Pauli opinio, sed ea æquitatem habet, & amplectenda videtur.*

5 *Emphyteutam, conductorem, inquilinum, fideicommissarium posse agere ad recuperandas expensas contra dispositionem dictæ legis* si in area.

6 *Quæ sit condictio incerti, de qua* in d. l. quod exceptionem, §. si pars, *&* in d. l. domos, *&* in l. si modò nulla, *&* in d. l. quod si nulla.

7 *Per condictionem indebiti, ob causam, sine causa, quid consequamur.*

8 *Verbum* quasi, *aliquando exprimit veritatem, non verò similitudinem.*

9 *Obtineri potest vt incerti condictio, de qua* in d.l.domos, *applicetur ad* legem

si in area; *& quod indebiti condictio, l. de qua* in d. l. si in area, *applicetur ad legem* domos, *& ad similes leges.*

10 *Traditur ex his noua declaratio* ad l. fin. §. emptor, C. communia de legat. *vt emptori competat hac incerti condictio.*

11 *Molinæus in casu dictæ legis* si in area, *attentabat posse dari actionem negotiorum gestorum ad recuperandas expensas traditas, & malè.*

12 *Declaratio ad legem* in hoc iudicium, ff. communi diuidundo, *ex hoc incerti condictione.*

13 *Qui expensas non facit, expensarum nomine, agere potest & ipsas consequi.*

14 *Agens de euictione aduersus venditorem, an agat ad impensas quas tradidit in venditione: & intelligitur lex* si controuersia, C. de euict. numero 15.

16 *In causa euictionis venit etiam id, quod rei accessit, vtcumque cedat.*

17 *Sciens me aliena vendere, atque emens, impensas à me ex causa euictionis non consequitur.*

18 *Si sciens alienam rem vendideris, omnino de impensis traditis teneris.*

19 *Vt competat actio negotiorum gestorum ad consequendas expensas, necessarium est quod negotium gestum sit nomine alterius, nec quicquam nocet error.*

20 *Is qui secum duntaxat negotium gessit, sola retentione vtitur, quia neminem alium obligat.*

21 *Necessariæ expensæ semper deducuntur; vtiles ita demùm si negotium gesseris, & alium obligare volueris.*

12 *Explicatur* lex ex parte, ff. famil. erciscund. *& conciliatur cum* lege qui aliena, § fin. ff. de reg. gest.

23 *Explicatur* lex hæreditas, ff. de petit. hæredit. *ex* lege si cùm putari, *& ex* lege in hoc iudicium, *contra Molinæum.*

24 *Hæres compelli potest non solùm Pontificiali, sed & Principali potestate adimplere voluntatem defuncti.*

25 *Explicatur*, lex at si quis, §. si quis, de religios. & sumptib. funerum, *contra Molinæum.*

26 *Quæ sit natura funerariæ actionis, & declaratur magis* dicta lex at si quis, §. si quis, de relig. & sumpt. fun.

27 *Explicatur* lex si possessor. ff. eodem, *ex eodem juris principio.*

1
X his quæ notavimus *ad l. si in area, ff. de condictione indebiti*, ibi: *Si insulam fulsisset nullo alio modo quàm per retentionem seruare posse*, scilicet ad recuperandas impensas nullam aliam actionem competere, sed exceptionem de dolo, aut retentionem prodesse: ex qua juris dispositione ex facto sæpe agitatur, an si rem melioratam imprudenter restituas, nulla opposita, nec in judicio, exceptione, nec in executione retentione proposita, an remedio vllo seruari tibi possint expensæ, an verò iterum rem consequi possis, vt retineas; difficultatem facit dicta lex *si in area*, quæ exceptionem, aut retentionem duntaxat concedit, & ampliùs nihil: quam in hoc nimis restringit Cinus *in l. si quis sciens, C. de rei vendic.* Iason *in d. l.* *si*

si in area, in principio. Paulus *in l. dominus horreorum*, §. 1. *num.* 3. *ff. locati*, & *conf.* sæpius allegato 270. *lib.* 2. Omnes enim hi post Accursium, Bald. & Salycet, *in dict. l. si quis sciens*, tenent hunc omnino exclusum esse, & in hac sententia breviter est Anton. Gomez *in l.* 46. *Tauri*, *num.* 2. Paulus *in d. l si in area*: omnes hi mouentur ex verbis Iuliani, ibi: *Et ideò si quis cùm existimaret se hæredem esse, insulam fulsisset, nullo alio modo quàm per retentionem impensas seruare posse.*

Paulus verò *in dict. l. si in area, in fine*, putabat posse huic succurri beneficio legis *si me & Titium, ff. si cert. petat.* actione in factum, ex æquitate illius legis, quia iniquum sit, & satis contra naturalem æquitatem, vt ditescat quispiam cum aliena iactura; & quod videat bonæ fidei possessor substantiam suam penes alium sine facto suo: & licèt Antonius Gomez decedat ab hac Pauli sententia *in dict. l.* 46. *num* 2. propter receptam sententiam, & propter iuris rigorem, in illis verbis, scilicet, *nullo alio modo quàm per retentionem impensas seruare posse*; sed tamen videri poterat expensas has seruari posse actione, *ex l. qui exceptionem*, §. *si pars*, *ff. de cond. indeb.* vbi Marcianus domum melioratam sine deductione impensarum restitutam ex causa fideicommissi proponit, atque in ea specie condictionem incerti competere ait, quasi plus debito datum sit. Similis textus *in l. domos*, & *in l. si modo nulla*, & *l. quod si nulla*, *ff. de leg.* 1. vbi Iulian. consultus, *Quod si nulla*, ait, *retentione facta domum tradiderit, incerti condictionem ei competere quasi plus debito soluerit.* Hæc Iulian. Sunt igitur hæc iura ex diametro pugnantia cum dispositione dictæ legis *si in area*, vt facta traditione possis meliorationes tuas consequi, & iam viris doctissimis hæc iura visa sunt sine pace pugnare, vt ex iis antinomiam fecerint. Sed hi pessimam de Triboniano opinionem conceperunt, quasi in compilandis Pandectarum libris multa Iureconsultorum veterum responsa crudeliter dilaniarit, aiunt enim Iulianum *in dict. l. si in area*, aliud, aliud verò *in dict. l. quod si nulla*, respondisse. Marcianum autem *in dict.* §. *si pars*, pugnare cum Iuliano *in dict. l. si in area*, quòd in hac ipsa specie Iulianus nullum remedium inuenerit, Marcian. autem, immò ipsemet Iulianus condictionem incerti competere asseuerent: immò si propiùs hanc ipsam rem inuestigando quæsierimus, inueniemus meliorationes, quæ fiunt actione, posse nos consequi, non solùm conseruaturos sola retentione: textus *in l. dominus horreorum*, §. 1. *ff. locati*, vbi Paulus: *In conducto fundo, si conductor suâ operâ aliquid necessariò, vel vtiliter auxerit, vel ædificauerit, vel instituerit, cùm id non conuenisset, ad recipienda ea quæ impenderit, ex conducto cum domino fundi experiri poterit.* Vlpianus quoque ad consequendas expensas actionem præstat *in l. si seruos*, *ff. de pignorat. action.* ibi: *Erit contraria actio.* Similis est textus *in l. diuortio*, §. *impendia*, *versic. planè*, *ff. solut. matrim.* ibi: *Erit eius impensæ petitio.* Vides igitur quàm egregiè periclitetur Iuliani responsum *in dict. l. si in area*, quòd sola retentione, vel exceptione consulat ad recuperandas expensas, cùm hæc ipsa iura condictionem incerti, & actionem apertè præstent.

Quod attinet ad hæc iura, animaduertendum est Iureconsultorum responsa minimè pugnare, namque si rectè inspiciamus, dictæ legis *si in area*, longè alia ratio est, quàm earum legum, quæ aduersari videntur: ibi enim hæres,

res, qui hæreditatem omnino ad se pertinere censebat, seque verè dominum & irreuocabilem existimabat, impensas fecit; faciendo autem huiusmodi impensas, secum duntaxat negotium gessit; se enim solum dominum credebat, neminemque alium, cum quo negotium gereret, intercedere putabat; quod opportunè mouit Iulianum, vt sola retentione teneatur, & defendat hunc, qui secum duntaxat meliorando egit; alium enim, quem meliorando obliget, neminem in animo habebat, quàm seipsum, quem dominum verè crediderat. Patet ibi: *Si quis cùm existimaret se hæredem esse*; animus enim alium obligandi plurimùm potest in hac ipsa re: quod patet in eodem textu, ibi, *quia nullum negotium inter nos contraheretur*; & ibi, *hoc ipso aliquid negotij gessit*; & est textus *in l. si cùm putaui, ff. de negotiis gestis*: & *in l. hoc iudicium, ff. communi diuidundo*, de quibus latiùs nobis dicendum est. Ex qua declaratione, & textu *in dict. l. si in area*, & gloss. ibi, ad repetendas meliorationes, & impensas plurimùm facit inuestigatio illa Iuliani, an scilicet negotium cum aliquo gessisse videare, an verò tecum duntaxat; ita vt si nullum negotium gessisse videaris, neminem obliges nomine impensarum; si cum aliquo negotium gessisse intelligaris, ipsum videare obligasse. Itaque si tibi soli laboraueris, tibi refeceris, quoniam præsumi nulla ex re potest animus, quo negotium gessisse videris, neminem obliges, vt aduersus eundem agere possis: textus in proposito optimus *in l. si pupilli, §. sed si quis, ff. de negot. gestis. Sed si quis*, inquit Vlpianus, *negotia mea gesserit, non mei contemplatione, sed sui lucri causâ; Labeo scribit suum eum potius quàm meum negotium gerere.* Vnde meritò Iulianus *in dict. l. si in area*, ei qui secum duntaxat agit, & cum nemine alio negotium gerit, retentionem præstat, eaque prætermissâ, re scilicet traditâ, nullum aliud remedium tribuit, quia actione agere non potest; vnde dicta lex *si in area*, procedit in possessore bonæ fidei, qui rem modis omnibus ad se pertinere existimat iure perpetuo & irreuocabili, nec vnquam resoluendo. Et ita intellexit Anton. Gomez noster *in dict. l. 46. num. 2.* etiamsi subobscurè Greg. Lopez *in l. 44. tit. 28. part. 3.* id sensit, sed breuissimè & obscurissimè: idem clariùs tradit Aluarus Vasquius *quæst. 25. num. 25.* agens de dicta lege *si in area*; & fuit Accursij sensus, qui nihil ignorauit, *in dict. l. si in area*, & *in dict. §. si quis*; in aliis autem responsis, is qui expensas fecit, dominum se perpetuum non existimabat, nec irreuocabilem; planè enim rem sciebat restituendam aliquando; ideoque videri potuit, & meritò, eum obligasse meliorando, ad quem res erat omnino peruentura, & quasi negotium cum eo gessisse; ex scientia enim eius, qui scit rem omnino restituendam, ex bona fide etiam eius qui meliorat, colligunt Iureconsulti animum obligandi eius qui meliorauit, & ita huic actionem, petitionem, incerti condictionem præstant, item negotiorum gestorum actionem: ita procedunt iura de quibus suprà, *l. qui exceptionem, §. si pars, ff. de cond. indeb. l. domos, l. quod si nulla, l. si modò nulla, ff. de legatis* 1. vbi fidei commissum inerat, ex quo domus erat restituenda ab eo qui bona fide meliorauit: item *in l. dominus horreorum, §. 1.* ex natura conductionis res erat restituenda finito tempore conductionis: item *in dict. §. impendia*, in erat restitutio rei dotalis; quod cessat *in dict. l. si in area*: vnde meritó in illa negatur actio, quia nemo est cum quo intelligatur negotium gestum; in illis autem

autem conceditur, scilicet quia interueniunt, cum quibus negotium gestum videri potest, scilicet domini, quibus tandem restitutio facienda est, & quos tandem dominos futuros rei possessor existimare potuit.

Ex qua declaratione hæc iura minimè adduci possunt pro Paulo contra communem & receptam sententiam; Paulus enim *in dict. l. si in area*, rebatur 4
succurri posse melioranti tradita re meliorata, beneficio legis *si me & Titium, ff. si cert. pet.* ex æquitate illius legis, actione scilicet in factum; quia videbat cum nemine gestum fuisse negotium, ex quo ex authoritate iuris scientiæ, stricta disputatione actio concedi non poterat, sed sola retentio, vel exceptio; eumque in proposita specie, iuxta dictam legem *qui exceptionem, §. si pars*, & dictam legem *domos*, & reliqua iura actio concedatur, quia negotium gestum videri poterat, non possunt ea iura pro Paulo adduci. Æquitas tamen illa adiecta à Paulo, cùm scripta sit, recipi poterit; & censebat idem cum Paulo Carol. Molin. *vbi suprà*, de quo nobis infrà *hoc cap.* Quamuis enim dicta lex *si me & Titium*, pro magis ac nulla sæpè sit, & variè ad multa allegetur, quod proprium est earum legum, quæ æquitatem aliquam continere videntur, in quarum intellectu sæpè occasione ipsius æqnitatis perniciosè erratur; in hoc tamen casu iuris ratio, & ipsa æquitas suadent, vt admittatur, vnde meritò Antonius Gomez stricta iuris disputatione negabat Pauli sententiam esse admittendam, sequutus Iuliani responsum censentis, huic nullo alio modo quàm per retentionem posse succurri.

Vnde ex his necessariò inferendum est, eum qui iure proprij dominij rem 5
possidet, quia rem suam omnino existimabat, nec meliorando negotium cum aliquo gessisse videtur, si rem tradat melioratam, actionem quidem minimè habere ad recuperandas meliorationes, *ex dict. l. si in area*, sed expectandam esse æquitatem, *ex dict. l. si me & Titium*, quam iudex ex æquo & bono temperabit, multa contemplatus, quia sæpè iudices dum æquitatem inquirunt, perniciosè errant, *l. si seruum, §. sequitur, ff. de verb. signif.* Diuersum verò dicendum est in eo, qui licèt dominus sit, restituturum omnino se nouerat rem quam meliorabat, hìc enim negotium quia gessisse videtur cùm alio, actio ei & petitio, & incerti condictio præstatur, ex dictis legibus. Elegans declaratio ad emphyteutam, qui scit rem tandem à se restituendam; ad colonum, conductorem, inquilinum, maritum, fideicommissarium; omnes enim isti meliorando habuerunt cum quo contraxisse videri poterunt, ac proinde restituta re meliorata pro meliorationibus & expensis, actio, petitio, & incerti condictio conceditur. Vide Molinæum *dict. glos. 5. num. 93. & 94. & 90.*

Hæc verò difficultatem habent, atque ea versatur in ea inuestigatione, scilicet, quæ sit illa incerti condictio, quam Marcianus concedit circa expensas 6
traditas *in dict. l. qui exceptionem, §. si pars, ff. de condict. indebiti:* & Iulianus *in dict. l. domos*, & *l. si modò nulla*, & *l. quod si nulla*. Verba ipsa Iureconsultorum ita habent: *Si pars domus*, (inquit Marcianus) *quæ in diem per fideicommissum relicta est, arserit ante diem fideicommisso cedentem, & eandem hæres suâ impensâ refecerit; deducendam esse impensam ex fideicommisso constat, & si sine deductione domum tradiderit, posse condici incerti, quasi plus debito dederit.* Iulianus quoque *in dict. l. quod si nulla*, idem scriptum reliquit: *Quod si*

nulla retentione factâ domum tradidisset, incerti condictio ei competit, quasi plus debito soluerit. Quæ quidem præter ea quæ adduximus, adhuc nihil pugnant cum dicta lege *si in area*, vbi condictio denegatur, scilicet, indebiti; cùm enim ibi nihil actum sit, meritò condictio indebiti denegatur, quæ personali actioni cedit. Cùm igitur inter illos negotium non est gestum, actio non datur, nec condictio indebiti; neque item *in d. l. domos*, & *in d. l. quod si nulla*, & *in d.* §. *si pars*, condictio indebiti conceditur, sed incerti, quæ longè aliud est; per hanc enim incerti condictionem non recuperantur ipsæ expensæ factæ directò, nec eò tendit principaliter hæc incerti condictio, quantùm est ex natura eius condictionis incerti; quod quidem principaliter agebatur per condictionem indebiti, per quam, & per condictionem ob causam, & sine causa, vt dicit Bart. receptus *in l. sed & si me putem*, §. *cùm iter*, *ff. de cond. indebiti*,
7 & *in l. si in area*, post glossam ibi, *ff. de cond. indebiti*, nihil consequimur nisi negotium gestum sit inter partes; ac nec negotio quidem gesto oriuntur huiusmodi condictiones, secundùm id quod gestum est, sed extra id quod geritur. Ita Bartol. vbi suprà, *num. 6. vers. declaro hoc*, & *seq.* Paul. & Ias. Hæc autem incerti condictio eò tendit, vt retraditio fiat nuda, quia traditio facta est pinguiùs quàm oportebat. Quæ Paul. de Cast. *in d.* §. *cùm iter*, ita explicat, vt quia res tradita sit, aliter tamen & pinguiùs quàm debebatur, tradenti sola condictione incerti succurritur, ne damnum patiatur: ea tamen incerti condictio in eo versatur, vt retradatur res retinenda iterum ab eo, qui tradiderat pinguiùs, quovsque quid fieri debeat, iudicetur. Adducit Paulum *l. si binarum*, *ff. de seruitutibus vrban. prædiorum*, vbi si binarum domorum dominus dixisset, eas ædes quas venderet, seruas fore, neque in traditione mentionem faceret seruitutis impositæ, vel imponendæ, habere ait actionem ex empto, vel incerti condictionem, vt seruitus constituatur; condictio autem illa incerti ex Paulo non est indebitum, quia emptor rem sibi debitam, scilicet emptione, accepit, nec sine causa, quia habuit eandem empti causam vt acciperet; nec condictio est vt tradas dominium, aut possessionem, quæ iam non esset incerti condictio, sed certi, *l. indebiti*, §. *sed si nummi*, *ff. de cond. indebiti.* vbi Bart. & *in d.* §. *cùm iter*, *num. 5. vers. sed contrà.* Præterea dominium & possessionem rectè accipit emptor: quid ergo continet incerti illa condictio? Aliud quærendum est & inuestigandum. Continet ergo nudam retraditionem eius rei, quam pinguiùs tradidi quàm debebam; quæ cùm factum nudum contineat retradendi quod omnino incertum est, meritò Iureconsultus vocauit condictionem incerti. Igitur condictione illa incerti neque consequor seruitutem, neque dominium, neque possessionem, sed nudam detentionem rei (vt ita loquar) quam tradideram pinguiùs quàm oportebat, vt re tradita denuò agamus de seruitute constituenda, vel non. In hunc modum dicendum arbitror *in dict.* §. *si pars*, & *in dict. l. quod si nulla*, condictionem incerti non ad impensas directò dari; esset enim condictio certi, quia veniebant certificandæ per sententiam, ex traditis à Bart. *in d.* §. *cùm iter*: & pessimè loqueretur Iureconsultus si ad has consequendas incerti condictionem competere dixisset; non enim est incertum, quod certificari potest, vt interesse, ex Bartol. *vbi suprà*; sed dicendum est dari ad nudam retraditionem eius rei, quæ tradita fuit pinguiùs,

guiùs, scilicet cum meliorationibus, quæ non fuerant tradendæ, vt de nouo re mihi de facto retradita, constituamus, an sit de nouo retinenda propter impensas, exemplo ædium quæ liberæ traditæ fuerunt, cùm venderentur, seruæ, quæ condictione incerti traduntur, vt posteà constituatur de seruitute imponenda, vel non: & conueniunt verba Iureconsulti *in dict. §. si pars*, & *in dict. l. quod si nulla*, ibi: *Quasi plus debito soluerit.* Nota verbum *quasi*, quod quidem similitudinarium est; planè enim si condictio illa incerti daretur ad impensas, non esset dictum, *quasi plus debito dederit*, sed dixisset Iureconsultus, *quia verè plus debito dedit.* Innuit igitur Iureconsultus, quod in illo casu datur condictio incerti *quasi*, id est ad similitudinem indebiti; vt quemadmodum condictione indebiti, si ea daretur, hoc casu consequeremur directò impensas indebitè traditas; ita condictione hac incerti retraditionem nudam rei melioratæ consequamur, vt re tradita posteà de impensis constituamus quid agendum sit. Qui sensus ex Paulo videtur verissimus; & licèt verbum *quasi*, 8
in iure nostro similitudinarium semper non sit; aliquando enim expressiuum est veritatis, vt *in l. eum, ff. de relig. & sumptibus funerum*, ibi, *Æquissimum enim videtur, & visum est veteribus, mulieres quasi de patrimoniis suis, ita de dotibus funerari*: & est apud D. Ioan. *cap. 1. Quasi vnigeniti à Patre*: & *in cap. parochianos, de decimis.* In nostra specie incerti condictio est ad similitudinem indebiti, quia factum merum continet, scilicet nullam aliam rem, quàm retraditionem: decisio autem Iureconsulti elegans & subtilis est, ex ratione & æquitate, quam secum habet, quam sibi nouam dixit Aluarus Vasquius, & notabilem, *dict. quæst. 25. num. 25. ad finem*, & non explicuit Francisc. Hotomanus *l. 2. hic finitur lex, §. 3. ante fin.* Habet enim fundamentum in restitutione facta pinguiùs quàm oportebat, cùm enim res ibi restituenda esset prout relicta fuit à testatore, meliorata restituta est; vnde incerti illa condictio nata est. Atque cùm hæc ratio vbique militet, tam in bonis subiectis restitutioni, quàm non subiectis, obtineri potest, vt possit applicari *ad d. l. si in area*; vt scilicet, quamvis ibi condictio indebiti non competat, quia nullum negotium gestum sit, vnde illa condictio indebiti oriri possit; adhuc tamen possit competere hæc incerti condictio ex ratione illa, de qua suprà, scilicet, quia pinguius res tradita est quàm oportebat; tum ex eo magis videtur applicanda *ad dict. l. si in area*, quo minùs ordinaria actio ibi competit; certum enim est, incerti condictionem competere, vbi alia ordinaria actio prodita non est, ex Bartol. recepto *in dict. §. cùm iter, num. 6.* Rursus obtineri potest, vt in casu dictæ legis *quod si nulla*, & *in dict. §. si pars.* Quoniam negotium gestum videri potest, cùm sciuerit rem quam meliorabat, restituendam sibi omnino esse; vnde potuit colligi animus alium obligandi, quòd ibi non solùm competat actio negotiorum gestorum; sed condictio indebiti: quod si in actione negotiorum gestorum duriusculum sit, in condictione indebiti ex ratione Iureconsulti *in d. l. si in area*, recipiendum videtur. Certè condictio certi ad recuperandam possessionem dari in hoc casu non potest; tam in casu dicti §. *si pars*, & legis *quod si nulla*; quàm in casu dictæ legis *si in area*, quia vtrobique possessio rectè tradita est: quod contra practicam Papin. *in forma resp. rei conuent. super verb. expensarum, in fin.* notauit Carol. Molinæus *vbi suprà*, & eum se-

quutus Aluarus Vasquius *dict. quæst. 25. num. 25. vers. vt interim caueas.*

9 Ex quibus elegans est declaratio *ad l. fin. §. si aliàs emptos, ff. comm. de legat.* quæ denegat emptori scienter ementi rem subjectam restitutioni, recuperationem sumptuum, & meliorationum, vt lex illa planè intelligenda sit, vt iàcet, secundùm ipsius litteram; scilicet, si aduersus venditorem agat de euictione; quoniam enim sciuerat rem alienam aliquando futuram, ex dispositione vltima; & tamen eandem emit sciens & prudens, duplam quidem & expensas à venditore minimè consequatur. Verba legis hæc sunt: *Emptor autem sciens rei grauamen, aduersus venditorem actionem habet tantùm ad restitutionem pretij, nec duplæ stipulatione, nec melioratione locum habente, cùm sufficiat ei saltem pro pretio quod sciens dedit pro aliena re sibi satisfieri.* Hactenus Imperator. Quæ lex habet æquam interpretationem, vt scilicet assumpta ratione à fideicommisso, de quo *dict. §. si pars*, & *l. quod si nulla*, quæ generalis esse videtur, contra venditorem quidem agere non possit; sed tamen contra eum qui rem evincit, aget primò quidem retinendo, & excipiendo, postremò re tradita aget condictione hac incerti ad retraditionem; lex enim illa *in dict. §. emptor*, nihil disposuit, & is in vendicatione aduersus vendicantem aduersus vendicantem ad conseruandas sibi suas expensas vti poterit remediis à iure sibi præstitis: nec in hoc difficilem existimo illius legis decisionem, dificillima tamen est in principali decisione *ad l. si fundum sciens, C. de euictionibus.* Vide consilium Grati mihi 22. *volum.* 1. Molinæum *in constit. Paris.* §. 22. *num.* 116. & §. 1. *glos.* 5. *num.* 76.

10 Et quamuis Molinæus vbi suprà, scilicet *tit. 1. glos. 5. num. 93.* reprobet prædictam practicam Papiensem quæ dabat certi condictionem ad recuperandam possessionem in casu dictæ legis *quod si nulla*; & dicat dandam esse incerti condictionem cum Iureconsulto ibi; quid tamen illa incerti condictio sit non attingit, quin immò ipsemet Molinæus *num.* 91. apertè decipitur, qui in casu dictæ legis *si in area*, existimat concedi actionem negotiorum gestorum, quod vt probet, adducit rationem egregiè concludentem contra seipsum, ait enim, & verè, quod Iureconsultus *in d. l. si in area*, in principio, medio, & fine, semper in eo est, quod ibi inter bonæ fidei possessorem meliorantem, atque ipsum verè dominum, nullum gestum est negotium, nullus intercessit quasi contractus; quod quidem concedendum est Molinæo: vnde ait, nullam, neque actionem, nec exceptionem, nec obligationem oriri potuisse, ac ne actionem quidem negotiorum gestorum: dicit tamen Molinæus more suo, verbosa quadam dicendi ratione, nullo plerumque, aut leui subiecto sensu, quod ex variis figuris, & aliis causis, vel speciali aliqua æquitate haberi poterit, quod quidem ego ita accipio, licèt ipse non dicat, vt haberi possit ex his quæ diximus, hanc scilicet, incerti condictionem bonæ ille fidei possessor, habere poterit cùm condictio illa incerti solùm innitatur in eo, scilicet, quia est facta traditio pinguiùs quàm oportebat. Neque incerti illa condictio obtinet naturam condictionis indebiti, quæ negotium gestum desiderat; namque mero iure, vt dicebamus, æquitas legis *si me & Titium, ff. si certum petat.* extranea est, & longè petita ad nostrum casum; & Iureconsultus, vt dicebat, & notabat Antonius Gomez *vbi suprà*, sola retentione aut exceptione succurri posse

posse putabat, bonæ fidei possessori, qui tradidisset rem melioratam.

Sed neque æquitas illa, quam latè & diffusè quærit Molinæus *ex l. planè, ff. de petit. hæredit.* extendi potest vt malæ fidei possessor expendens agat rei vendicatione, nec repetitione, nec exceptione doli; sed duntaxat vt officio iudicis benignè sibi succurratur abrasione & separatione, si adhuc possideat, quam benignitatem in malæ fidei possessore pessimè extendes ad bonæ fidei possessorem, cui aliis remediis iure succursum est. 11

Idem dici oportet *ad l. in hoc iudicium, ff. communi diuidendo*, quia est ad propositum elegans textus in hoc. [Iudicium, inquit Paulus, venit quod communi nomine actum est, aut agi debuit ab eo qui scit se socium habere. Impendia autem quæ dum proprium meum fundum existimo fieri, quæ scilicet, si vendicaretur fundi pars, per exceptionem doli mali retinere possem, an etiam si communi diuidundo iudicio mecum agatur, æquitate ipsius iudicij retinere possim considerandum est? Quod quidem magis puto, quia bonæ fidei iudicium est communi diuidundo: sed hoc ita si mecum agatur. Cæterùm si partem meam alienauero, non erit vnde retinere possim.] Hactenus Paulus: in priori parte conuenit cum dicta lege *si in area*; namque expensas quamdiu rem possideo ob bonam fidem exceptione doli opposita conseruo retinendo, Quod si alienauero, non est quomodo retinere possim; in hoc autem proderit condictio illa incerti, vt res retradatur, quoniam pinguiùs tradita fuit. 12

In secunda autem parte dictæ legis *in hoc iudicium*, Paulus connectit, vt is qui rem melioratam tradidit, nihil de expensis curans, faciat eam traditionem ad vtilitatem eius cui tradidit; qui quidem expensas illas sibi vltro traditas, quas non soluerit, conseruet tamen sibi si res quoque ab eo euincatur. *Sed & is*, inquit Paulus, *qui à me emit, an retinere possit, videndum est; nam si vendicatur ab eo pars impendiorum nomine, quæ ego fecissem, ita vt ego, poterat ipse retentionem facere: & verius est vt in hac specie retineantur.* Itaque ex Paulo, qui expensas non facit, neque soluit, de expensis retinendis agit. Neque prodest obiectio, scilicet, quod neque ipse fecerim, nec soluerim, qui expensas retineo; quod enim ad te attinet,elioratum certè fundum sine refusione expensarum habiturus non es. Quam decisionem Pauli iam semel vide adductam & oppositam in iudicio, in specie scilicet cum emphyteuta, qui fundum emphyteuticum locauerat agricolæ; in qua qui melioratus reperiebatur, condemnatus esset ad restitutionem; ipse verò aiebat refundendas esse sibi meliorationes, quæ in fundo factæ reperirentur. Explicabat dominus directus, ad rusticum, qui meliorasset, eam rem pertinere, non ad emphyteutam. Pro emphyteuta facere videtur dicta lex *in hoc iudicium.* Adducebatur etiam Carolus Molinæus *tit. 1. in consuetudinibus Parisiensibus glos. 5. num. 95.* qui id tenere videtur, *iuncto num. 87.* aiebantque nullam hîc esse necessariam cessionem rustici, quia ex Baldo, Cyno, & Bart. *l. 3. Cod. quod metus causa*, hoc ius transit sine cessione. Cùm enim ius retentionis sapiat defensionem, meritò sicuti ius defensionis transit in particularem successorem, sine vlla cessione. Dinus *in l. Fluminum, §. additur, ff. de damno infecto.* Salicet. *in dict. l. 3.* Romanus *singular. 176.* Ludouicus de Bolog. *in l. & si quis, §. iudex, ff. de religiosis &* 13

sumptib. funerum. Allegant nostram legem, scilicet legem *in hoc iudicium:* & facit lex *fin. ff. de exceptione rei vendit.* Sed tamen hæc, & quæ tradit Carolus Molinæus sunt intelligenda, quando particularis hic successor, & qui opponere vult de expensis à se non factis, reperitur rei melioratæ possessor; tunc enim nihil perspicimus, fecerit, necne: quicquid enim sit de expensis, tu certè rem melioratam accipere non debes sine refusione expensarum. Cæterùm si non possideat, tunc verius existimamus, quod tradit Paulus de Castro *in consil. 270. num. 4.* vt sine cessione expensas non consequantur: quod etiamsi non possideam; si meo nomine, aut omnino mihi factæ sint, aut ad me pertineant pacto, tunc nulla cessio necessaria est, quia rustico nunquam soluendæ sunt: tunc etiamsi de vera & iusta mercede & pensione remisi, vt melioraret, nulla cessio necessaria est, *argumento l. penultima, Cod. de omni agro deserto, lib. 11.* Ex quibus patet conciliatio ad Molinæum cum Paulo non adducto ab eo, & quid in hac specie, si se offert, inuestigandum sit.

14 Contrarium quoque in casu contrario respondendum est, si cùm rem emeris, & meliorem feceris tuis sumptibus, deinde à te euicta sit, & tradita, si in traditione nihil de expensis egeris, reuersus ad venditorem tuum, ex empto agere quidem contra ipsum non poteris, si cùm possideres & retinere poteras, nihil tamen nomine expensarum egisti: extat Pauli responsum elegantissimum *in l. idque Iulianum, ff. de actionib. empti & venditi,* cuius verba hæc sunt: *Illud expeditius videbatur, si mihi alienam aream vendientis, & in ea ego ædificauero, atque ita eam dominus euincat: nam cùm possim petentem, nisi impensam ædificiorum soluat, doli mali exceptione submouere, magis est, vt ea res ad periculum venditoris non pertineat.* Liberat igitur Paulus venditorem ab expensis, quas possidet emptor, in causa cum domino vendicante sibi conseruare retinendo, ad eamque rem excipiendo; debuit enim possidens excipere, secùs si non possidebat, vtputà quia res vendita erat, sed ipse à possessione sua ceciderat sine culpa; tunc enim quia non possidet, ac subinde excipere de meliorationibus non potest, reuersus ad venditorem agere potest ad id quod interest. In ea autem actione, scilicet, ex empto, in eo quod interest, impensa
15 quoque & melioratio continetur, *dict. l. idque,* ibi: *Quod si emptor non possideat ædificium vel seruum, ex empto habebit actionem.* Et ita Bart. Bald. Salic. & reliqui intelligunt, *l. si controuersia, Cod. de euictionibus,* vt scilicet ibi emptor non possideat rem melioratam, quando ab eo euincitur, vnde competat emptori aduersus venditorem actio ex empto ad omne id quod interest. Hoc est etiam ad expensas vltra pretium. Denique regula in hoc videtur sumenda ex dicta lege *idque,* & ex eadem exceptione, vt habeat locum actio ex empto aduersus venditorem, si emptor cùm fundus melioratus euincitur, non possidendo excipere non potuit ad retinendas expensas illas; quod si possidebat, exceptionemque neglexit, tunc quidem ad venditorem reuerti non potuit, *dict. §. quod si emptor, dict. l. si controuersia;* potest enim fieri, vt melioret rem venditoris, quæ adhuc tradita non sit; vel cùm sit tradita, potest sine culpa aut dolo à possessione sua cadere. Glossa *in l. si rem quam, §. 1. vers. amissa fuerit, ff. de euictionibus,* vbi similis legis decisio; ibi enim idem Pomponius constituit. *Si duplæ,* inquit, *stipuletur, ex possessore petitor factus, victus sit, quam rem si possideret*

sideret, retinere potuerit, petere autem vtiliter non potuerit, vel ipso iure promissor duplæ tutus erit, vel certè exceptione doli mali se tueri poterit; sed ita si culpa, vel sponte duplæ stipulatoris possessio amissa fuerit. Hæc Pomponius, qui clariùs hanc rem distinguere non potuit ad intellectum legis *controuersia*, vbi & glossa, vide infrà *cap.18. num.2.*

Námque aliàs si à vendicante sumptus conservare non possum, planè à venditore consequor, qui ex natura & ratione actionis ex empto in eo tenetur, vt expensas quoque mihi restituat, quas aliàs à vendicante seruare mihi non potuit. Textus *in l. Titius. vers. sumptib. ff. de actionib. empti & venditi*, ibi: *Nam empti iudicium ad eam quoque speciem sufficere existimo; non enim pretium continet tantùm, sed omne quod interest emptoris, seruum non emi.* Itaque si seruum erudissem, quem mihi vendideras, isque manumitti iussus ad libertatem proclamasset, non solùm pretium, sed impensas quoque eas restitues actione ex empto, quia alium quem hoc nomine conueniam, habeo neminem, *l. euicta, ff. de euictionibus. Euicta re vendita*, inquit Pomponius, *ex empto erit agendum de eo quod accessit.* In quo tamen vt suprà notauimus, ille textus est singularis, vt si istiusmodi expensæ nimiæ sint, quod seruum Philosophiam medendíue Artem docuisses, agitatorémve feceris, vel panthominum, iniquum sit in magnam quantitatem obligari venditorem, iustis decretis temperanda isthæc res est; in promptu enim esse debet inuestigatio Iureconsultorum *in dict. l. in fundo*, an omnino facturus esset, an venditurus illicò; & *in dict. l. sed an vltro*, vt vtilitas meliorationum expendatur ex persona domini, non expendentis; licèt hæc inuestigatio in bonæ fidei possessore, qui sibi solùm expendit, non contemplatione alterius, difficile, & in negotiorum gestore, emphyteuta, & reliquis, vt dicebamus, admittenda sit. Itaque cùm *ex dict. l. Titius*, illud sit constitutum, vt in causa illa, si euincatur res vendita, ad venditorem fiat recursus, ad pretium, & omnem causam, quæ accedit, cuius nomine meliorationem intellexit Iureconsultus; id fallit in eo qui rem possidet melioratam, & retentione vti potuit aduersùs vendicantem; quam cùm prætermittat, magis est vt ea res ad periculum venditoris non pertineat, *ex dict. l. idque.* Rursum hæc exceptio ipsa procedit, si is ipse, qui prætermisit exceptionem de dolo ad retinendam rem melioratam aduersus vendicantem, possidebat; namque si non possidebat, agere potest ad pretium & expensas in re vtiliter vel necessariò factas; eo enim ipso quod rem ipsam non possidebat, cùm retentio possessionem sequatur, constat neque retinere potuisse, *dict. l. idque, dict. vers. quod si emptor, dict. l. si controuersia*: & glossa, & Bartol. rursum si sciens emi aliena, ab eo qui sciens prudénsque aliena quoque vendidit, dicendum est non solùm non deberi expensas, quas fecerim, sed neque pretium, *l. si fundum, C. de euictionib.* cum glossa ibi, & concordatis. Facit rex finalis §. *emptor autem sciens, C. communia de legat. & fideicommiss.* vbi quod attinet ad impensas, non recuperantur à venditore actione ex empto, qui venditor tamen soluit pretium; ibi enim res non erat aliena, sed propria venditoris, restituenda tamen; quæ restitutio non impedit dominium, *l. non ideo minùs, ff. de rei vendic.* ob idque pretium duntaxat soluit venditor non cætera omnia quæ accesserunt rei.

16 17

S

18 Si verò bonam emptor habeat fidem, venditor verò sciens & prudens rem omnino alienam vendiderit, dicendum est, emptorem etiamsi possessor sit, & negligat exceptionem de dolo ad retinendas impensas in restitutione rei ex causa euictionis contra venditorem, qui sciens rem vendidit alienam, agere vtiliter posse ex empto, *ex dict. l. idque, versic. in omnibus*, vbi inquit Paulus in his casibus, si sciens quis alienum vendiderit, omni modo teneri debet: ad quod vide Alciat. *de eo quod interest, cap.* 5. *col.* 3. Atque hæ regulæ traditæ sunt de eo, qui aduersus venditorem reuertitur recuperaturus impensas, quas vel non potuit retinere, vel cùm posset, noluit; & pertinent ad dictam legem *in hoc iudicium*, in secunda parte, vbi is, qui expensas non fecit, quas tamen ipsi vendicanti rem cum ipsa re tradidit emptor, nihil retentione vsus, potest ipse quamuis non fecerit, easdem expensas retinere aduersus verum dominum vendicantem, nec proderit domino si dicat eum fecisse; námque quod attinet ad dominum, certè rem non aliter consequitur quàm si impensas soluat. Ea-
19 dem lex tertia parte egregia est ad dictam legem *si in area*, & *ad l. domos* & *ad l. quod si nulla*, vbi Iureconsultus Paulus in *dict. l. in hoc iudicium*, ait, *si ita ego eo animo gero negotia, vt alium mihi obligem, licèt errem in corpore, tamen ex animo & voluntate mea qui alium obligari volui, nascitur negotiorum gestorum vtilis actio.* Itaque si Titij putem me gerere negotia, quæ tamen Seij reuera sint, ex animo meo restat mihi Seius obligatus actione negotiorum gestorum, non Titius; quia in hoc voluntas & animus mihi prosunt ad actionem, qui non mihi, sed alij gesserim; ex hoc expensas in hoc casu consequor actione. Verba Pauli hæc sunt: *At cùm puto rem Titij esse, quæ sit Mæuij, aut esse mihi communem cum alio quàm est, id ago, vt alium mihi obligem.* Et sicut negotiorum gestorum actio datur aduersus eum, cuius negotia curaui, cùm putarem alterius ea esse; ita & in proposito. Similis textus *in l. item si cùm putaui, versic. sed etsi putaui, ff. de neg. gest. Sed etsi putaui*, inquit Vlpian. *Titij negotia esse, cùm essent Sempronij, eáque gessi, solus Sempronius mihi actione negotiorum gestorum tenebitur.* Sufficit igitur solus animus alium obligare volentis, qui inde colligitur, quod alienum gessero, vt competat mihi illa actio: & ita Iureconsulti, vbi negotium gestum non est, actionem non tribuunt; tribuunt autem retentionem ei, qui sibi soli agit.

20 Vnde mero iure is qui alium noluit obligare, sola retentione, & exceptione de dolo sibi consulit, nisi incerti illam condictionem desiderauerit: qui verò aliena gesserit animo alium obligandi, etiamsi erret in corpore, quòd huius negotia gesserit dum illius putabat gerenda, habet negotiorum gestorum actionem, quæ ex animo initium capit: æquitatem autem illam Molinæi, quam ipse de nouo post tot secula excogitauit, totas has iuris ciuilis regulas destruit & efficit inanes; ob idque nec passim, neque vbique, nec in omni negotio admittenda est: condictio autem illa incerti in promptu esse poterit, quæ habet fundatam iuris rationem; & militat ea ratio in eo qui rem melioratam suis expensis nihil retinendo tradiderit, quem iustum est iuuare aliqua iuris ratione, contra eum, qui alienam substantiam recipit ferè sine causa.

21 In necessariis autem expensis arbitramur cessare hodie incerti hanc condictionem

ctionem, quia actione putamus posse recuperari, idque iure nouiore, per legem *domum, Cod. de rei vendicat.* nisi quis breuius illud & vtilius remedium amplecti vellet, vt scilicet, res retradatur obtinenda quousque de meliorationibus agamus, an causam retinendi præstent vel non; ad hoc enim incerti condictio pertinet, actio autem vel condictio ex lege, ad consequendas ipsas expensas. Vnde quia ad diuersa sunt, actio ipsa, *ex dict.l.domum*, quæ est directò ad expensas, non tollit remedium pinguius, & vtilius ad aliud longè diuersum inuentum & excogitatum, nempe ad retraditionem, quæ vel ex ipso facto medium vberius est, argumento textus *in l.ordinarij, ff.de rei vend.*

In vtilibus autem illud obseruandum est, quod diximus, vt si negotium alterius videaris gessisse, competat actio, nec necesse sit quod sciat is cuius negotia gesseris; sufficit voluntas tua, quæ ex eo colligitur, quòd aliena gesseris, *ex dict.l.in hoc iudicium*, & *dict.l.item si cùm putaui.*

Ex quibus conciliatio est opportuna ad duo iura difficillima, quæ frequentissima sunt & quotidiana in hac expensarum tractatione. Alterum est responsum Scæuolæ *in l.ex parte, ff.familia herciscundæ*, cuius verba sunt: *Ex parte hæres institutus causam de totis bonis, quam omnes hæredes patiebantur ob inultam mortem, suscepit & obtinuit: cohæres partem suam ab eo petebat, nec partem sumptuum in litem factorum præstare volebat. Quæsitum est an doli exceptio noceret? Respondi, si idcirco ampliùs erogatum esset quòd ipsius quoque causa defensa esset, habendam ratione sumptuum; sed & si omiserit doli exceptionem agere posse de recipienda portione sumptuum.* Hæc Scæuola. Cuius decisio dependet ex eo quod diximus, scilicet, quod is qui sibi ipsi agit, qui sibi ipsi laborat, nec cum quoquam negotium gerit, sola retentione & exceptione sibi consulit; ast ille, qui cum alio agit, qui eo est animo vt alium sibi obliget, etiamsi erret, habet actionem negotiorum gestorum. Hi duo casus applicantur ad hanc legem à Scæuola, vt scilicet hic cohæres qui litem suscepit ob inultam mortem testatoris, si nihil amplius erogauit, quàm quod aliàs pro se erat erogaturus si tota hæreditas ad se pertineret; tum quia nullum indicium est nec signum voluntatis, quod voluerit alium sibi obligare, & cum alio negotium gerere, neminem habeat obligatum, expensasque petere non possit, quia secum duntaxat egit, nihil ampliùs erogando quàm quod propria causa postulabat: contra verò si ampliùs erogauit quàm sua causa postulabat, tunc quidem rectè intelligimus alterius negotium gestum esse, pro quo amplius erogauit, Gregor. Lopez *in l.41.tit.28. part.3.l.creditor, §.2.ff. mandati*, Roman. *singul.653. in cap.impensa*, vbi additio: atque ita cohæredes voluisse obligare ad ampliores illos sumptus; vnde non solùm *in dict.l.ex parte*, exceptione de dolo eosdem consequitur, sed actione, quia ampliùs consumendo cohæredis negotium visum est gessisse; vnde verba legis *ex parte*, in illis verbis. *Vnde si omiserit exceptionem doli, agere posse de recipienda portione sumptuum*, intelligenda sunt de actione negotiorum gestorum; quoniam plus consumendo quàm pro se consumpturus erat, visus est alterius gerere negotia, ex animo & voluntate præsumpto ex ampliori erogatione.

Prædicta autem lex *ex parte*, videbatur pugnare cum lege *qui aliena, §.vno defendente, ff.de negot.gestis*, vbi ex eo quod Papinianus dat ei, qui defendit

causam communis prædij, actionem negotiorum gestorum, necessariò intelligendum est, ibi causam defensam fuisse communi nomine, qui casus planus est; vel amplius ibi illum, qui defendit, consumpsisse quàm poscebat sua causa, idque necessarium est ex iuris fundata ratione: denique hæc duo iura concordant & declarationem recipiunt *ex d. l. in hoc iudicium, ff. communi diuidundo, & ex l. si cùm putaui, ff. de neg. gestis. iuncta dict. l. si in area*, vt is qui sibi solùm agit, sola retentione vtatur; qui verò cum alio negotium gessisse possit videri, actionem habeat negotiorum gestorum; vnde *in dict. §. vno defendente*, per quem datur actio, negotium gestum est nomine communi; & *in dict. l. ex parte*, si amplius erogatur, negotium quoque geritur; si non erogatur ampliùs, negotium non geritur; & idcircò ratio sumptuum non habetur, quia pro sua parte gessisse visus est, pro ea enim parte qua quisque hæres est, sumptus debentur, *l. sorori, ff. si pars hæredit. petatur*, vide amplius, *cap. 19. n. 6. & 8.*

23 Ex quibus *ad l. hæreditas, ff. de petit. hæred.* planus sensus est, petita interpretatione *ex dict. l. si cùm putaui, vers. sed etsi putaui*; & *ex dict. l. in hoc iudicium, ff. communi diuidundo*, vbi ex eo solùm quod aliena negotia gessi, etiamsi ignorauerim cuius negotia gesserim, competit mihi actio negotiorum gestorum; vt scilicet ibi, quoniam possessor hæreditatis monumentum fecerit, secutus defuncti voluntatem, qui monumentum sibi fieri iusserat, si hæreditas sibi auferatur, aut retentione vel exceptione de dolo sibi conseruet expensas; aut si tradiderit, actione negotiorum gestorum consequatur. Verba Papiniani *in dict. l. hæreditas*, sunt: *Si defuncto conditionis implendæ gratiâ bonæ fidei possessor fecerit, potest dici, quia voluntas defuncti in hoc seruanda est, vtique si probabilem modum faciendi monumenti sumptus, vel quantum testator iusserit, non excedat; eum cui aufertur hæreditas, impensas aut doli exceptione retenturum aut actione negotiorum gestorum repetiturum, veluti hæreditario negotio gesto.* Hæc Papinianus, qui planè intelligendus est, vt scilicet is, qui secutus defuncti voluntatem monumentum fecerit, quia defuncti secutus est vltimum elogium, atque ideò aliena gesserit, quia defuncti voluntatem exequitur, & alienum, non proprium opus fecerit, possit quidem agere aduersus eum qui hæreditatem eripuit, ad repetendos sumptus factos in ipsa hæreditate actione negotiorum gestorum, idque etiamsi hæreditatem euictam tradiderit, sine deductione expensarum; quandiu enim hæreditas euicta non est; retentione agere potest, vt expensas conseruet sibi: cæterùm cùm semel tradiderit, negotiorum gestorum actione agere poterit; monumentum enim non sibi fecit, sed hæreditati ex dispositione defuncti, eiusque secutus voluntatem. Quæ decisio Papiniani *ex dict. l. in hoc iudicium.* & *ex d. l. item si cum putaui*, descendit ex eo, nempe quod ille, qui aliena gerit, sibi soli minimè agens, habet hanc ipsam negotiorum gestorum actionem; vnde meritò actio negotiorum gestorum datur hæreditatis bonæ fidei possessori, & interpretatio sumitur ex ipsa lege ibi, *conditionis implendæ gratia*; & ibi, *quod voluntas defuncti in hoc seruanda est*, & planus ibi, *veluti hæreditario negotio gesto*; vbi verbum illud, *veluti*, exprimit veritatem; qui enim monumentum fecit, quod sibi testator faciendum curauit & præcepit, non proprium, sed hæreditarium negotium gerit, atque ob id solùm quod aliena gerit, rectè *ex dict. l. in hoc iudicium,*

dicium, & ex dict. l. si cum putaui, competit actio negotiorum gestorum ad consequendas impensas factas & traditas; & is est verus & planus sensus *ad d. l. hæreditas*, quam quidem nouè aliò retorquet Carolus Molinæus, vt æquitatem aliquam inquirat, idque *d. gloss. 5. tit. 2 part. 1. num. 94.* atque obnixè contendit *in d. hæreditas*, nullum fuisse negotium gestum alienum à bonæ fidei possessore, quod non fecisset hæredis nomine, sed suo; in quo tamen decipitur vir eruditissimus, quia nihil necesse est, me alicuius negotia gerere, Titij scilicet, vel Sempronij; sufficit enim, vt ipsa actio competat, aliena me negotia gerere, *ex d. l. in hoc iudicium*, & ex *d. l. item si cùm putaui.* Cùm ergo in casu dictæ legis *hæreditas*, possessor bonæ fidei non fecerit sibi monumentum, sed quòd testator sibi fieri iusserat, planè hæreditarium negotium gessit, sic alienum, vnde meritò actio illa negotiorum gestorum competit, idque insinuat Papianus, *in d. l. hæreditas*, ibi, *actione negotiorum gestorum repetiturum, veluti hæreditario negotio gesto*; vt verbum illud, *veluti*, expressiuum sit veritatis: neque quicquam facit versiculus ille, ibi, *quamvis enim stricto iure nulla teneantur actione hæredes ad monumentum faciendum, tamen Principali vel Pontificali authoritate compelluntur ad obsequium supremæ voluntatis*: is enim versiculus ad superiora nullum habet appendicem, nec ex superiori parte descendit; quamvis Molinæus inde deducat, & perperam, ni fallor; superiùs enim in prima parte legis egerat de impensis factis à bonæ fidei possessore, quas tamen testator fieri iusserat, quas cum bonæ fidei, possessori facit, non sibi laborat, nec sibi facit, nec sibi solùm prospicit, sed hæreditati, secutus voluntatem defuncti, qui monumentum sibi fieri iusserat; ob idque quia verè aliena gerit, nempe hæreditatis, negotiorum gestorum actionem habet mero & stricto iure, ex iuribus suprà adductis. Id cùm constituisset Papianus, subiunxit illud, scilicet; *quamvis enim stricto iure nulla tenerentur actione hæredes ad monumentum faciendum, tamen Principali vel Pontificali authoritate compelluntur ad obsequium supremæ voluntatis*: quasi dicat Papianus, quia etiamsi bonæ fidei possessor is ille non fuisset qui monumentum fecit obsequens supremæ voluntati, tamen is ipse posset hæredem compellere ad faciendum, si non actione & stricto iure (nulla enim ad hoc erat prodita actio) saltem Pontificali vel Principali officio implorato. Vnde vel hoc capite bonæ fidei possessori impensæ sunt restituendę, quia hæres omnino erat facturus, officioque Pontificis vel Principis compelli poterat, quo casu impensæ debentur, *ex l. in fundo, ff. de rei vendicatione*, ibi, *finge & dominum eadem facturum fuisse, reddet impensas*: quæ ratio est elegantissima *ad d. l. hæreditas*; nihil enim aliud illis verbis voluit Papianus, quàm ex duplici capite ostendere, esse eas impensas omnio bonæ fidei possessori soluendas: tum ex eo quia hæreditatis non proprium negotium gessit, quo casu meritò competit actio negotiorum gestorum; tum ex eo, quia etiamsi fecisset iniquè, cùm tandem id effecerit, quod hæres omnino erat facturus, vel saltem compulsus Pontificali, vel Principali authoritate, omnino tenebitur: quod quidem Carolum Molinæum præteriit, vt est videre *dict. num. 49.* Indeque prætermisso vero sensu legis, nescio quas æquitates inquirit, quas ego si iure scriptæ non sunt semper suspectas habuit, semper istos nouos intellectus tanquam Africana monstra exosus, in quos passim videmus collapsos viros do-

ctissimos non vulgariter eruditos, nescio quo malo fato, vix, quod ingenuè & verè fatear, receptas & communes assertiones assecutos, in luce sæpè apertissima ad radios veræ & communis opinionis caligantes. Itaque dicta lex *hæreditas*, de qua nobis sensus est, nunc quæsitus est contra Molinæum, planam habet interpretationem, vt scilicet, in priori casu bonæ fidei possessor habeat negotiorum gestorum actionem, quia hæreditarium negotium, non proprium gestum est; quo casu intelligunt Iureconsulti me eo animo gessisse, vt te ad quem verè negotium pertinebat, obligarem, etiamsi nomine alterius geram, *ex dict. l. in hoc iudicium.* & *ex dict. l. item. si cum putaui*, & *ex d. l. ex parte*, secundùm eum sensum quem tradidimus, qui necessarius est *dict* §. *vno*: in secunda autem parte dictæ legis *hæreditas*, easdem impensas consequatur, quia etiamsi nomine hæreditario non fecisset, tamen eas impensas fecit, quas hæres omnino facturus erat; quia licèt mero iure ad struendum monumentum non teneretur, saltem Pontificali vel Principali authoritate compelli poterat, ad exequendum vltimam dispositionem; vnde est vt verus hæres huiusmodi expensas debeat, & ab eo seruari possint, *ex d. l. in fundo*, vbi impensas, quas aliàs dominus erat facturus, diluere tenetur: & dicta lex *hæreditas*, est elegans, quatenus in posteriori parte constituit posse hæredem compelli non solùm Pontificali, sed etiam Principali authoritate ad exequendam vltimam voluntatem testatoris. Vide Speculatorem *tit. de Testamentis*, §. *in primis.* Addit quod nemine id petente possit ex officio fieri, nempe per inquisitionem; quod adde: ad eáque notat doctissimus Couarr. latè *in cap. 3. de Testamentis, per totum*, vt etiam apud Principem de exequutione vltimæ voluntatis agi possit.

25 Nec quicquam facit lex *at si quis*, §. *si quis*, *ff. de religiosis & sumptibus funerum*; vbi ei qui non fecit impensam animo alium obligandi, datur tamen contra ipsum actio: quem textum ipsemet Molinæus adducit pro sua noua excogitata æquitate; &, quod miremur, vir doctissimus non perlecta tota lege minimè potuit aduertere ad æquitatem inibi scriptam, & particulari ratione ibi admissam à Iureconsulto, propter pietatem quæ versatur in sepeliendo vitâ functum; quem sensum intellexit Accursius ex Iureconsulto ibi; & tamen Molinæus errasse Accursium inquit, cùm habeat Accursius Iureconsulti responsum apertum, in eo casu admittentis expresè æquitatis particularem illam rationem. Connectere libet verba Vlpiani: *Si quis* (inquit Vlpianus) *dum se hæredem putat, patremfamilias funerauit, funeraria actione vti non putauit, quia non hoc animo fecit quasi alienum negotium gerens: & ita Trebatius & Proculus putant. Puto tamen etiam ei ex causa dandam actionem funerariam.* Hactenus Molinæus verba Vlpiani Iureconsulti expendit & ponderauit. Ex quibus ita ille argumentatur, vt eius sententiam in formam & speciem argumenti redigamus; ecce habes hic hæredem qui funerauit testatorem, rem propriam agens, dum ad se tanquam hæredem existimabat pertinere hæreditatem, ac subinde munus illud & officium sepeliendi; vnde neminem alium obligare voluisse, ex his iuribus quæ à nobis adducta sunt, facili negotio colligi potest, & tamen, inquit ille, datur funeraria actio: non igitur sola retentione succurritur ei qui secum duntaxat egit, neque cum quoquam alio visus

est

eſt geſſiſſe negotium. Cùm videamus autem concedi actionem, neceſſariò dicendum eſt procedere id quidem ex æquitate, ſcilicet, ne ſumptus meos lucrifacias, & demùm ſubſtantiam meam habeas cum mea iactura, *ex d. l. ſi me & Titium. ff. ſi certum petat.* Dicendum igitur eſt ſecundùm Molinæum *d. n. 94.* verſari in his expenſis aliquam æquitatem, propter quam is ille, qui ſibi expendit & cum nemine negotium gerit, conſulere ſibi poteſt etiam poſt traditionem, ſi in ipſa traditione retentionem omiſerit, vel exceptionem non oppoſuerit. Hæc eſt ratio Molinæi, ex qua ipſe propter æquitatem illam ſuam, *ex l. plane*, actionem tribuit, licèt non ita connectat rationem. Cui tamen facilis eſt reſponſio in hoc ipſo Vlpiani reſponſo, quæ veriſſima eſt ex Accurſio, ibi, ſcilicet, eſſe quidem verum quod verſatur ibi æquitas, ſed ea non eſt petenda ex lege *planè*, nec ex *ſi me & Titium:* ſed expectanda eſt ex ipſamet *at ſi quis*, ad quam Molinæus nihil aduertit; ait enim ibi ipſemet Vlpianus, paulò poſt inferiùs, in eo genere expenſarum generaliter ſtatuendum eſſe, vt non mera negotiorum geſtorum actio, eiuſdemque ſtricta ratio conſideranda ſit, ſed locus quoque ſit futurus æquitati, quæ in ea ſpecie verſatur: verba Vlpiani hæc ſunt: *Et generaliter puto iudicem iuſtum, non meram negotiorum geſtorum actionem imitari, ſed ſolicitus æquitatem ſequi, cùm hoc ei actionis natura indulgeat.* Hæc Vlpianus. Ex quibus verbis quæ generaliter adduntur in hac funerariæ actionis tractatione, noſtra quoque quæſtio, de qua agimus, deciditur, & terminatur. Generalis enim regula tradita eſt ab Vlpiano, vt ſcilicet, quamuis mero iure actio non competat ei qui impenſas facit nomine ſuo, qui animum minimè habuerit alium obligandi, vt pote qui fuerit hæres, non poſſeſſor rei hæreditariæ, qui rem omnem hæreditariam ad ſe pertinere arbitrabatur, atque ob id cum nemine negotium gerebat; ſed ſibi ſolùm faciebat; tamen bonum & iuſtum iudicem ſolicitè æquitatem ſecuturum in hac re, vt funeraria concedatur, cùm natura huius funerariæ actionis iudici indulgeat, vt in hoc quoque caſu, etiamſi cum nemine negotium geſtum ſit, funerarium concedere poſſit. Et antequam hæc ipſa verba explicentur, contra Molinæum concludendum eſt, ſubeſſe hîc quidem particularem æquitatem, quam Molinæus dum Accurſium reprehendit, non aduertit: ibi autem ſcripta æquitas eſt, non eſt ea aliunde veluti oſtiatim (quod aiunt) poſtulanda, ſcilicet ex Celſo *in dict. l. ſi me Titium*, & *ex dict. l. planè:* nec item æquitas hoc caſu ſcripta, & particulari ratione applicata in hac ſpecie, rectè applicabitur Celſo *in dict. l. ſi in area, ff. de condict. indebiti*, cùm diſpar ratio ſit in vtraque ſpecie. Igitur hæredi qui teſtatorem funerauit, licèt videbatur deneganda actio mero iure, quia funerando ſibi ſolùm fecerat, & cum nemine negotium geſſerat; tamen Iureconſultus generaliter definit in hoc caſu vbi de impenſis funeris agitur, non eſſe adhærendum verbis legis & iuris rigori, ſed amplectendam eſſe à bono iudice & iuſto æquitatem vt funeraria competat: addit Vlpianus, quia præter æquitatem & pietatem, quæ in ſepeliendo defuncto verſatur, natura quoque ipſius funerariæ actionis id concedere videtur; natura autem funerariæ actionis eſt, *ex l. 1. eodem*, vt qui propter funus aliquid impendit, cum defuncto contraxiſſe videatur. Cùm igitur cum defuncto contraxiſſe viſus ſit, etiamſi nulla alia æquitas in hoc verſaretur, 26

 mero

mero iure dicendum esset posse eum impensas hac funeraria actione consequi, quia creditor est, qui cum defuncto iuris intellectu contraxit. Igitur particularis in hoc casu, & iuris, & pietatis, & æquitatis ratio versatur, quæ fecit vt etiamsi proprio nomine, & non alieno gesseris, funeraria tamen actio tibi concedatur, siue exigente in æquitate scripta *in dict.* §. *& generaliter*; siue pietate, de qua ibidem, siue faciente id naturâ funerariæ actionis, quæ fingit me qui in funus impendo, cum defuncto contraxisse, postquam funus meâ impensâ curaui. Ex quibus singularis declaratio
27 est *ad l. si possessor, ff. de religiosis & sumptibus funerum*; vbi ex hac ipsa ratione, quâ ius præsumit eum qui funus impensâ suâ & sumptu fecerit, cum defuncto contraxisse, bonæ fidei possessor rei hæreditariæ censetur; qui bonæ fidei possessor ab hærede aliquando differt, etiamsi ipse hæres is sit, à quo postea hæreditas euincitur, *l. contrà quoque, ff. de religios. & sumptibus funerum*, ibi, *collaturos hæredes, bonorúmque possessores.* Hæres enim omnino ad se existimat pertinere hæreditatem, etiam si posteà vario euentu ab eo hæreditas auferatur ex causis iure expressis, quia indignus, vel aliàs; possessor verò hæreditatis scriptus hæres non est, sed plerumque is est, à quo scriptus hæres hæreditarias res euincit. Quicquid sit hic bonæ fidei possessor, qui funus fecit, deinde victus in restitutione hæreditatis impensas non deducit, vtilem habet funerariæ actionis vim & potestatem; quod quidem intelligendum est, vel ex dicto §. *& generaliter, in dict. leg. at si quis*, obseruata illa æquitate, de qua ibi, quæ versatur in hac specie funerariæ actionis funerando defunctum; vel ex eo, quia quantumcunque quis funus suo nomine fecerit, semper ex dicta lege 1. *ff. eodem* videtur & creditur cum defuncto contraxisse: quæ solutio non est aliunde petita quàm ex ipsismet legibus; quare commodè applicari ad cæteras iuris regulas non potest, quia particularem iuris, pietatis, & æquitatis scriptæ rationem habent: vnde perperam *ad l. si in aream*, applicari potest, nec hæc iura de funere & funeris sumptibus indigent noua illa Molinæi æquitate, quam secum familiarem habent & domesticam.

Igitur qui funus fecerit, vel possessor hæreditatis, vel hæres, si hæreditatem restituat sine deductione expensarum, cum defuncto contraxisse videtur iuris intellectu, si funus fecit; & ideo agere potest ex *dicto* §. *& generaliter*, & dicta lege 1.

CAPVT VIII.

De expensis & sumptibus funerum.

Notabilia ex capite octauo.

1 *Inquiritur quid contineatur nomine sumptus qui fit ad funerandum.*

2 *Aliud est impensa funeris, alind sumptus ad monumentum, & qualis debeat esse.*

3 *Necessaria*

3 *Necessaria ad sepulturam educenda sunt de legatis, si tota substantia legatis consumpta sit, ex præsumpta voluntate testatoris.*
4 *Ei qui sepulchrum habet maiorum suorum, non est nouum sepulchrum comparandum, & de iure sepulchrorum.*
5 *Anaxagoras barbarè sepulchrum negligebat, & redditur causa ex Cicerone.*
6 *Qui modus fuerit Græcis sepeliendi, & de sepulchro facto Mausolo Regi Cariæ. & de sepulchro Clusij ciuis Romani*, & num.7.
8 *Referuntur leges Græcorum, quæ de sepulchris latè traduntur apud antiquiores.*
9 *Tybon, quam nos nostro vulgari verbo vocamus* Tumba, *vnde originem traxerit.*
10 *De sumptibus funerum lege duodecim Tabularum quid constitutum fuerit, atque explicatur, & verbum*, Situs est, *vnde*, & num.11.
12 *Conuiuia olim in funeribus lege duodem Tabularum permissa, item concio in laudem defuncti; sacris Canonibus conuiuia prohibita.*
13 *Conuiuia quæ fiunt in funeribus pauperibus, amore charitatis hodie permissa Clericis.*
14 *Verbum* charitas *pro pensione annua quæ soluitur loco pio aut religioso, vnde deriuatum sit.*
15 *Hodie apud nos riciniis, id est vestibus lugubribus, vulgò* Luctos, *modus est impositus.*
16 *Sumptus non solùm funeris necessarius est, sed qui reperitur septimo, nono, vel alio die pro regionis consuetudine, & de anniuersario, & nouendiali.*
17 *Vestes lugubres quatenus pertineant ad expensas funeris.*
18 *Quæ funeris impensa sit, quæ præfertur æri alieno*, ad l.12. tit.13.part.1.
19 *Funus non potest detineri propter creditores, nec cadaueris inhumati fieri secrestationem.*
20 *Existentibus creditoribus & filiis, quomodo impensa funeris necessaria deducenda sit.*
21 *Executor testamenti quomodo sumptus funeris deducat, & expensas suas propter funus.*
22 *Filius, ad quem pertinet quintum bonorum, ex iuris nostri decisione, an præstet vestes lugubres cohæredibus, & an seruis.*
23 *An expensæ funeris præferantur æri alieno, quod habet tacitam vel expressam hypothecam.*
24 *Vir uxorem pauperem de suo funerat, & pertinet ad ipsius dignitatem.*
25 *Iureconsulti voluerunt tacitas & legales hypothecas omnino esse similes expressis, contra Antonium de Fano.*
26 *Stabularius non restituit bona hospitis emortui, quousque de expensis satisfiat; nec in hoc præsumimus pro stabulario quod expenderit, contra Bartolum.* & num.27.
28 *Præsumptio iuris quare sit dicta; & qui sine lege præsumit, præsumptuosè & stultè præsumit.*
29 *Vidua an sit danda vestis luctuosa, & quod dependeat ab alia opinione recepta, & eius veritate, scilicet an hæredes viri lucrentur fructus rerum mobilium tempore annuæ dilationis ad soluendum.*

30 *Dos*

30 *Dos restituenda est vidua, res soli illicò cum fructibus à morte viri, at verò mobilia intra annum.*

31 *Verior opinio contra communem, vt fructus rerum mobilium ad hæredes viri non pertineant.*

32 *Fructus rerum dotalium pertinent ad maritum, vel quia est dominus, vel quia sustinet onera matrimonij.*

33 *Rerum mobilium quæ fructuosæ non sunt, est aliqua commoditas, & vtilitas, quam agnoscunt Iureconsulti.*

34 *Antonij Gomezij media opinio inter receptam, & Zazij opinionem, & vera.*

35 *Ex Pauli & Zazij opinione vxor toto anno non est alenda, & vestes lugubres de suo habebit*, num.36. *& quomodo succurrendum sit de alimentis & vestibus eo tempore*, num.37.

38 *Maritus vestes viles præsumitur donasse vxori, pretiosas non item, & quid in hærede viri.*

39 *Consuetudo obseruanda est quoad vestes viduales, & vidua probat consuetudinem; & quid si nupserit intra annum*, num.40.

41 *Vidua an habeat lectulum mariti, & de quo lectulo intelligendum sit, & de legato lectuli facto viduæ.*

42 *Si vxor sit mortua, ad quem expensa funeris pertineat.*

43 *Conueniri debet is penes quem dos est, etiamsi restituturus sit dotem, & de Bartoli opinione*, num.44. *& quid si apponatur pactum, ne maritus de expensis funeris teneatur.* num.45.

46 *Quid si mulier præter dotem habeat parapherna, quomodo funeretur, & cuius expensis.*

47 *Quo casu maritus teneatur ad funus vxoris, & quod pertineat ad eius dignitatem, & de lege* cùm in fundo, ff.de iure dot. num.48.

49 *Funus filij, quatenus pertineat ad patrem, & de lege 6. Tauri, an ex tertio sicuti ex quinto deducendum sit*, & num.50. *& de religione sepulchrorum*, & num.51.

51 *Summus Pontifex, & Episcopi quibus expensis sunt sepeliendi & funerandi.*

1 QVid autem contineatur nomine sumptus, qui fit propter funus, explicat Macer Iureconsultus *in l. funeris sumptus, ff. de relig. & sumptibus funerum.* Funeris sumptus (inquit ille) accipitur quicquid
2 corporis causâ erogatum est, veluti vnguentum, & pretium loci, in quo defunctus humatus est, & si qua vestiaria sunt, vel sarcophagi, & vectura; & quicquid corporis causâ antequam sepeliatur consumptum est, funeris impensam esse existimo: quod quidem moderatum erit, & quantùm necessum sit pro rei & personæ qualitate, nec quantùm testator voluerit, si damnum alteri immineat, *l.*1. §.*de impensa, ff. ad legem falcid.* ibi: *Et Sabinus ita deducendam putat, si necessarium fuerit monumentum exstruere*. Et ibi *rursum. Neque enim ita monumenti ædificationem necessariam esse, vt sit funus & sepultura.* Idem Marcellus sensit *in l. nec ampliùs, eod. Nec amplius*, inquit, *concedendum erit, quàm quod sufficiat ad speciem modicam monumenti.* Quæ iura omnia duplicem continent expensam, scilicet monumenti & corporis, vtrumque autem agnouit

nouit lex nostra 12. *tit.* 13. *part.* 1. vbi Gregorius omnia committit arbitrio iudicis. At verò dictus §. *de impensa*, quadrat & conuenit cum dicta lege *neque amplius*, idque ibi sentit Accursius, & Scribentes omnes, licèt solus Albericus inter antiquiores correctionem quandam inducat: sed nulla correctio est, vtrumque ius moderatam impensam exigit, si de alicuius agatur præiudicio & damno; & ita intelligendum est aliud esse expensam funeris, aliud monumenti construendi. Impensa namque funeris, quæ fit dum effertur cadauer, necessaria semper est; impensa verò monumenti, non aliter necessaria est, quàm si moderata sit. In vtraque autem semper moderatio admittenda est, excessus verò vitandus; ea autem moderatio in eo versatur, vt impensa funeris sit secundùm qualitatem personæ, & facultates, & bonorum quantitatem, & consuetudinem ciuitatis, in qua quis moritur, vtque in sepulchro maiorum suorum sepeliatur si maiores sepulchrum habeant, aliàs sepulchrum comparetur quale vicinus, amicus, & consanguineus habere consueuit. Qua distinctione admissa, quæ est Pauli de Castro *in d.* §. *de impensa*, cessant maximæ difficultates Doctorum; cùm enim in præiudicium alicuius agitur, ita intelligendum est voluisse testatorem. Testator enim, qui substantiam suam legatis consumpsit, neque necessaria reliquit ad sepulturam, sui oblitus, visus profectò est necessarium illud ad funus & sepulturam suam voluisse ex legatis deduci, *l. at si quis*, §. *sed & si res, ff. hoc titul. Sed & si res*, inquit Vlpianus, *legata sint à testatore de cuius funere agitur, nec sit vnde funeretur, ad eas quoque manum mittere oportet: satius est enim de suo testatorem funerari, quàm alios legata consequi*. Rursum si quippiam immoderatum iusserit testator, id quidem coërcendum est intra modum, si subsit damnum; ad quod facit lex *seruo alieno*, §. *fin. ff. de legatis* 1. *Ineptas voluntates*, inquit Marcianus, *defunctorum circa sepulturam, veluti vt vestes, aut quæ alia superuacua ei in funus impendantur, non valere, Papinianus libro tertio Digestorum scribit*. Ex quibus hi, qui in restitutione hæreditatis agunt de impensis funerum, accipient quidem sumptus, sed eos moderatos, quantùm personæ dignitas, facultas, & quantitas bonorum, consuetudóque patriæ ferat, & indulgeat. Denique ea impensa veniet soluenda, quam vicino & consanguineo æquali genere, & patrimonio vitinus, & consanguineus facit in sepultura. Nostro autem iure etiamsi amplæ facultates sint, funalibus & lugubribus vestimentis positus modus est.

Neque nouum quærendum est ei sepulchrum, qui maiorum suorum sepulchrum habeat, item in oblationibus & sacrificiis id obseruabitur. Quæ omnia Paulus de Castro tradit optimè *dict.* §. *de impensa*, & ibi Angelus, & *in l. hæreditas*, §. 1. *ff. de petitione hæreditatis*, Ioan. de Imola *in dicto* §. *de impensa*, & *in l. si ex re*, §. *illud, ff. de stipulatione seruorum*, dicens, quod quatenus expenditur vltra necessitatem, dicitur impensum ad vanam gloriam. Facit cap. *vt animæ defunctorum* 13. *quæst.* 2. & *in cap. Ebroin, ead. caus. & quæstione*, vbi quod in sepulchro maiorum suorum sepulti sunt Abraham, Isaac, Iacob, cum Sara, Rebecca, & Lya, & ante ipsos Adamus cum vxore Eua, frequénsque dicendi modus est in sacris literis de Regibus Israël, *obiit Rex, & sepultus est cum patribus suis*. Dicebátque Tobias filio suo: *Cùm acceperit Deus animam meam, corpus meum sepelies, & honorem habebis matri tuæ omnibus diebus vitæ eius; &*

cùm ipsa compleuerit tempus suum, sepelies eam iuxta me in vno sepulchro Tobiæ 14.*cap.* Æneasque, si prophana miscere sacris liceat, id optauerat illis verbis: *O terque quaterque beati, queis ante ora patrum Troiæ sub mœnibus altis contigit oppetere.* Est enim iucundum cùm moriendum sit, cum maioribus sepeliri.

Ex quibus suborta sæpe quæstio est, an liceat vniuersis in sepulchro maiorum suorum sepeliri. Et ex facto in nostro hoc Senatu agitatum est, quod sepulchrum maiores maximis sibi sumptibus magnificè construxerint. Hanc quæstionem nouissimè attigit Ludouicus Molina *de Primogeniis Hispanis, libr.* 1. *capit.* 24. *num.* 41. Quatenus pertinet ad successores maioratus: ego autem, licèt ipse, vt reliqua omnia, ita hoc copiosè, & cum ingenio tractauerit, aliqua præter ipsum dicturus, distinguo inter monumentum & sepulchrum; illud enim est res memoriæ causá in posterum prodita, in quam si corpus vel reliquiæ inferantur, fiet sepulchrum: si verò nihil eorum, erit monumentum memoriæ causâ factum, quod Græci ξενοτάφιον vocant, *l. monumentum, ff. hoc tit. l.* 2. *eod.* vbi Vlpianus, *Sepulchrum*, inquit, *est vbi corpus ossáue hominis condita sunt: monumentum est quod memoriæ seruandæ gratiâ existit.* Itaque si capellam construxeris, quandiu corpus illatum non sit, meritò sepulchri nomine non continetur; vnde dispositio iuris quæ de sepulchro est, capellam non continebit, in qua adhuc corpus non sit illatum. Ex quo in diuisione bonorum si capella cum bonis cedat vni ex hæredibus, proprio iure habebit; & quandiu ipse corpus non intulerit, sepulchrum non est, immò cohæres inferre non poterit, quia non est sepulchrum effectum; diuersa enim sunt monumentum & sepulchrum, & diuerso iure censentur. Elegans consideratio *ad l. si sepulchrum, C. eod.* ibi: *Ius ad omnes hæredes pertinere, neque diuisione ad vnum hæredem redigi potuisse.* Postquam autem corpus illatum est, monumentum esse desiit, & sepulchrum factum est; tunc quidem rectè quæritur, an omnes agnati & cognati & de familia, an verò soli hæredes in eo sepeliri possint? In quo solet distingui iuxta sepulchrorum rationem ab ipsis Iureconsultis traditam. Alia enim sepulchra (aiunt ipsi) sunt hæreditaria, alia familiaria: hæc sunt quæ sibi quis familiæque suæ constituit; illa verò sunt quæ sibi & hæredibus, vel quæ paterfamilias iure hæreditario quæsiuit, *l. familiaria, cum l. seq. ff. eod. l. ius sepulchri*, & *l. ius familiarum*, *C. eod.* Quibus præmissis sit vniuersa traditio, & sine dubitatione vlla, quod siue sepulchrum familiare sit, siue hæreditarium, omnes liberi, cuiuscumque sexus vel gradus sint, possunt sepeliri in paterno, auitóve sepulchro, siue hæredes sint, siue non sint hæredes. Intelligimus autem liberorum nomine nepotes & pronepotes, cæterosque qui ex his descendunt, iuxta legem *liberorum, ff. de verbor. & rer. signific.* probat mihi id apertissimè textus *in l. vel quæ pater, ff. de religiosis & sumptibus funerum*, quod quidem est Vlpiani responsum, qui cùm ibi distinguat inter sepulchrum familiare, & hæreditarium, statim post distinctionem subdit his verbis: *Sed in vtroque hæredibus quidem, cæterisque successoribus, qualescumque fuerint, licet sepelire & mortuum inferre, etiamsi ex minima parte hæredes ex testamento, vel ab intestato sint licèt non consentiant alij. Liberis etiam cuiuscumque sexus vel gradus, & filiis familias & emancipatis idem ius concessum est,*

siue

siue extiterint hæredes, siue se abstineant. Hæc Vlpianus. Ex quo responso successor maioratus, qui hæres non est, si sit ex liberis eius, qui sepulchrum constituit, vel sit sepulchrum hæreditarium, vel familiare, sepeliri in eodem sepulchro poterit, si velit. Quod existimo verum ex Vlpiano, licèt Ludouicus Molina *vbi suprà*, videatur contrarium tenere; sed intelligendum est, sensisse de successore maioratus, non hærede eius qui sepulchrum constituit, qui non erat de liberis eius. In his verò, qui ex liberis non sunt, an possint sepeliri, obseruanda est distinctio sepulchri familiaris & hæreditarij; in quo sunt duo iura, quæ licèt specie pugnare videantur, re vera conueniunt, *l. ius sepulchri*, & *l. ius familiarium*, *C. eodem.* Ex quibus illud indistinctè verum est, quod in vtroque possunt sepeliri hæredes, licèt extranei, *l. ius sepulchri*, quia iura sepulchri tam familiaris, quàm hæreditarij ad extraneos etiam hæredes pertinent. *C. eod.* In necessariis autem hæredibus nulla difficultas est. In hæreditario sepulchro certum est quod hæredes solùm possunt in eo sepeliri; in familiari omnes de familia, etiamsi hæredes non sint, *dict.l. ius sepulchri.* Qui autem in hoc intelligantur de familia explicat dicta lex *ius familiarum*, vbi quod affines & cognati non sunt de familia quantum ad hoc ius sepulchri. Nota est enim differentia inter agnatos & cognatos, ex §. *sunt autem agnati*, *Institutis de legitima agnatorum tutela.* Sed hoc Accursius existimat correctum, vt in hoc nulla sit differentia inter agnatos & cognatos, in eadem *l. ius familiarium*, *verb. Cognatos*, per *authent. de hæred. ab intestato*, §. *nullam*, *collatione 9.* quod quidem reprehensorem non habet, & est rationi conuenientissimum. Ex qua Accursij opinione omnes agnati & cognati in familia esse intelliguntur, quantùm attinet ad ius sepulchri familiaris. In liberis igitur & descendentibus, tam masculis, quàm fœminis; tam hæredibus, quàm non hæredibus, nihil distinguimus inter sepulchrum familiare & hæreditarium: in familiari verò sepulchro omnes de familia admittuntur; nec distinguimus inter agnatos & cognatos, in aliis casibus distinctio erit obseruanda. Illud quoque aduertendum est, esse generale in omni sepulchro, siue familiarium sit, siue hæreditarium, quod nemini licet in eum inferre, nisi eum qui de familia & posteritate sit eius qui sepulchrum constituit, *dict.l. vel quæ pater*, ibi, *non etiam alios præter suam posteritatem inferre licet.* Vnde *ad d.l. monumenta*, *C. de legatis*, intelligendum est ius sepulchri, id est inferendi mortuum, posse legari, vt scilicet testator possit tibi legare suum sepulchrum, id est ius vt in suo sepulchro inferri & sepeliri possis, quod ipse habebat, vel sibi construxerat, aut ab alio legitimo modo quæsierat. Si verò cohæres sis cum aliis fratribus, quo casu habes ius sepulchri hæreditarij quod sibi pater omnium construxit, si non fratrem, aut aliquem ex liberis patris instituas hæredem, sed extraneum, tunc quidem vtiliter intelligendum est ius illud inferendi non transire cum tua hæreditate, *ex d.l. vel quæ pater*, quia non alios præter suam posteritatem inferri licet. Vnde dicta lex *monumenta*, intelligenda est cùm quis solum sepulchrum sine communicatione obtinet; vel si commune est, habet cum extraneis cohæredibus, extraneus quoque ipse. Nam si cum familiaribus habeat, vel cum successoribus, eisdémque liberis eius qui sepulchrum construxit, non licet sibi nullo modo inferre, nisi posteritatem. Ex quibus superest hæc de sepulchri iure

quæstio exposita. Itaque moderatos volumus sumptus, sed ita vt in contumeliam non cedant; iudex enim qui de hac re cognoscet, interdum sumptum omnino non debet admittere modicum factum, si fortè in contumeliam hominis locupletis modicus factus sit. Nam non debet huius habere rationem, cùm contumeliam defuncto fecisse videatur eum funerando. Ita Vlpianus *in l. at si quis, vers. iudex, ff. eod.* Hæc adde Domino Couarr. *in capite. Rayuntius, §... num.* 11.

5 Habenda ergo est ratio funeris & sepulchri, nec barbarè cum Anaxagora omnino sepulchrum negligamus, qui cum Lampsaci moreretur, quærentibus amicis, vellétne Clazomenas in patriam, vbi maiores eius sepulti erant, si quid ei accidisset, efferri: *Nihil necesse est*, inquit; *vndique enim ad inferos tantundem via est*; facilémque dicebat ille iacturam sepulchri. Cuius quidem rationem Cicero illam esse dicebat *Tuscul. quæst. lib.* 1. quòd scilicet tota ratio humationis ad corpus pertineat, in quo elapso spiritu nullus sensus supersit, ob idque facilè contemni possit, quòd non intelligeretur ab eo cui impenderetur.

6 Olim enim iam tum à Cecrope receptus fuit modus in sepultura; terrâ enim humabantur emortui, quæ terra obducta nostris frugibus obserebatur, vt sinus & gremium quasi matris mortuo tribueretur; terra autem ipsa frugibus censebatur expiata, vt viuis deinceps redderetur; postquam autem terrâ humabantur, sequebantur epulæ, quas inibant propinqui coronati, apud quas de mortui laude agebatur, vbi nisi verum nihil prædicabatur: nam mentiri de mortuo laudes, nefas habebatur. Hæc erant prima funera, humatio in terra, cum epulis & laude; posteà vero adeo creuit, vt propè miracula de sepulchris referantur; notissimum est sepulchrum ab Arthemisa factum Mausolo coniugi Cariæ Regi, qui obiit olympiadis centesimæ anno secundo; opus id vt esset inter septem miracula optimi quos sua ætate habuit Græcia artifices,
7 Scopas, Briaxis, Timothæus, Leochares, referuntur. Patebat ab Austro & Septentrione sexagenos ternos pedes, breuius à frontibus, toto circuitu pedes quadragintos vndenos: in altitudinem attollebatur cubitis vigintiquinque, cingebatur columnis triginta sex, ab Oriente cælauit Scopas, à Septentrione Briaxis, à Meridie Timothæus, ab occasu Leochares, nobilissimi sua ætate pictores; & mariti memoriæ Mausoli opus id extrui iusserat. Non tamen recesserunt nisi absoluto iam, id gloriæ ipsorum artísque monumentum iudicantes, hodiéque certant manus: præter quæ accessit quintus artifex, námque supra cacumen pyramis altitudine inferiorem æquauit, viginti quatuor gradibus in metæ cacumen se contrahens; in summo est quadriga marmorea quam fecit Pahis; hæc adiecta centum quadringenta pedum altitudine totum opus includit. Hoc est illud sepulchrum quod effectum est à Regina Arthemisia Mausolo Regi coniugi, à quo Mausoleum dictum est: refert Plinius *Naturalis historiæ lib. 3. cap. 5.* sed vt hæc quæ fabulosa videri poterant superet veritas, immò vt viri Romani admiremur diuitias & luxum, sepultus est Clusio sub vrbe, in quo loco monumentum fecit lapide quadrato singula latera pedum lata tricenûm alta quinquagenûm inque basi quadrata intus labyrinthum inextricabilem, quò si quis improperè prorumpat sine glomere lini, exitum

inuenire

inuenire nequeat. Supra id quadratum pyramides ſtant quinque, quatuor in angulis, in medio verò vna, in imo latæ pedum ſeptuagenumquinûm, altæ centum quinquagenûm, ita faſtigiatæ, vt in ſummo æneus orbis, & petaſus vnus omnibus ſit impoſitus, ex quo pendeant excepta catenis tintinnabula ex ære campano, quæ vento agitata longè ſonitus referant, vt à Dodone olim factum eſt, vnde Dodoneum æs: ſupra hunc orbem quatuor pyramides inſuper ſingulæ extant æltæ pedum centenûm, ſupra quas aliæ in ſolo quinque pyramides poſitæ, quarum altitudinem adiicere puduit Varronem. Hæc Plinius *lib.* 36. *cap.* 13. qui de pyramidibus Ægyptiis *cap.* 12. egerat, adeo tunc inſaniebant iam mortales; cùm enim ſe omnino morituros pernoſcerent, ex lapidibus recordationem, & immortalitatem expectabant, nihil eius memores, quòd regna palam moriantur, & vrbes.

Huiuſmodi atque alios id genus ſumptus in conſtruendis monumentis exoſa antiquitas leges plures tulit, quibus hos ſumptus coërceret: nec enim hoc à ſapientiſſimis legum ſcriptoribus neglectum eſt, ſcilicet ſepulchrorum magnificentiam eſſe minuendam: poſt Solonem enim, qui nihil de hac re attigerat, quòd moderatè admodum ſepulchra ſua ætate conſtruebantur, humatis hominibus, & terra coopertis, propter nouas ſepulchrorum amplitudines lege ſancitum eſt, ne quis ſepulchrum faceret operoſius quàm quod decem homines efficerent triduo; nec id opere tectorio exornari, nec Hermas eos, quos vocant, licebat imponi. Hermanæ ſtatutæ ſunt truncæ, quales in columnis quotidie videmus. Hoc Athenis de ſepulchris ſancitum fuit, poſteà verò anguſtior de hac ipſa re præceptio; ſepulchris enim nouis finitus modus eſt: nam ſuper terræ cumulum noluerunt Areopagitæ quid ſtatui, niſi columellam tribus cubitis non altiorem, aut menſam, aut labellum; atque huic rei certum magiſtratum, qui de ſepulchris cognoſceret, præfecerunt. Plato quoque vetat ex agro culto, eoue qui poſſit, vllam partem ſumi ſepulchro. Sed quæ natura agri tantummodo efficere poſſit, vt mortuorum corpora ſine detrimento viuorum recipiat, ea potiſſimùm vt compleatur: quæ autem terra fruges fert, & vt mater cibos ſuppeditare poſſit, eam ne quis nobis minuat, nec viuus, nec mortuus? Extrui autem vetat ſepulchrum altiùs, quàm quod quinque diebus abſolverint; nec ex lapide excitari plus, nec imponi, quàm quod capiat laudem emortui inciſam, nec plus quam quatuor heroicis verſibus, quos longos appellant. De columella illa, quæ ex Areopagitarum decreto ſepulchro ſuperimponi permittebatur, extat recordatio apud Diogenem Laërtium *in vita Diogenis Cynici*, *ad finem.* Ait enim, Diogenem ſepultum eſſe Corinthi ad portam quæ in Iſthmum ducit; ſubdítque Corinthios erexiſſe illi tumulum, & ſuper tumulum columnam, & canem deſuper ſculpſiſſe. Ex qua columella antiqua quæ ſuperponebatur ſepulturæ, videri poteſt, traxiſſe originem Tybon, quam nos noſtro nomine *Tumba*, vocamus. De qua Cicero, qui hæc omnia refert *de legibus*, 2. *lib. ad finem*, quæ quidem opportuna ſunt ad legem *nec amplius*, *ff. ad leg. Falcid.* vbi Marcellus non amplius concedendum eſſe exiſtimat ad monumentum, quàm quod neceſſarium ſit; atque id contineri ibi nomine expenſæ funerariæ cenſet Accurſius, & poſt eum Bart. Imol. Alexand. & tenent Scriptores *in l.* 30. *Tauri*, inter Taurinas leges.

R 3 De

10 De sumptibus quoque funeris lege duodecim Tabularum, rabula decimâ, lex refertur, quæ iam à Solone profecta creditur: ea verò ad funus potiùs quàm ad sepulchrum pertinet, cuius verba refert Cicero vbi suprà in hunc modum: *Hominem mortuum in vrbe ne sepelito, néve vrito, rogum ne facito, ascia ne polito, mulieres genas ne radunto, néve lasum funeris ergò habento, tribus riciniis & vinculis purpureæ, & decem tibicinibus funera fiant.* Hactenus lex duodecim Tabularum, tabulâ decima de sumptibus funeris constituit. Quod autem ait lex, *in vrbe ne sepelito, néve vrito.* Cicero de sepultura in vrbe nihil dicit. Nos tamen ita explicamus, quod scilicet ab hac lege duodecim Tabularum non licebat quemquam in vrbe sepelire, ídque perpetuo tenore fuit obseruatum, *l. Prætor ait, §. Diuus Adrianus, ff. de sepulchro violato. Diuus Adrianus*, inquit Vlpianus, *rescripsit, & pœnam statuit quadraginta aureorum in eos qui in ciuitate sepulchrum faciunt; quam fisco inferri iussit, & in Magistratus eandem statuit pœnam qui passi sunt, & locum publicari iussit, & inde corpus transferri:* Caussam eius prohibitionis, refert Iulius Paulus Vetus iureconsultus, *lib. 1. receptarum sententiarum, titulo de sepulchris, & lugendis*, §. 2. his verbis: *Corpus in Ciuitatem inferri non licèt, ne funestentur sacra ciuitatis; & qui contra ea fecerit extra ordinem punitur.* Eandem causam refert *mortuorum, C. de religios. & sumptibus*, his verbis: *Mortuorum reliquias ne sanctum municipiorum ius polluatur, intra ciuitatem condi iam pridem veritum est.* Vbi verba illa, *Iam pridem*, non sunt referenda ad dictum *§. Diuus Adrianus*, vt censet Accursius; sed potiùs ad hanc legem duodecim Tabularum, quam interpretamur: & quamuis hoc ita constitutum erat, præclaro tamen viro triumphali, & qui de patria bene esset commeritus, licebat in vrbe condi: ita refert Plutarchus in Romanis quæstionibus, atque eam fuisse quoque legem Athieniensibus refert ex Lyparei authoritate, Valer. & Caij Fabricij, ob præclara gesta in foro sepulti sunt. Cicero quoque Tubertum recenset in foro sepultum propter eximiam virtutem: Reges quoque Romani in foro monumenta sua habuêre; refert Appianus Alexandrinus *de bello ciuili, lib.* 2. cùm de morte Cæsaris, & eius funere ordinem & pompam narrat, qui eo quoque authore in media vrbe exustus est. Hæc fuit antiqua obseruatio, ne quis in vrbe sepeliretur. Subdit lex illa vetus duodecim Tabularum, *néue in vrbe vrito.* Cicero propter ignis periculum dictum fuisse existimat; quodque lex geminat, dicens *mortuum ne sepelito, néue vrito*, indicat non sepeliri qui vritur, sed qui humatur: antiquissimum enim sepulturæ genus, quo Cyrus vtitur apud Xenophontem, illud fuit quo corpus terræ redditur, & ita locatum ac situm est, quasi matris terræ cooperimento obducatur: hoc sepulchri genere vsi sunt antiquiores. Exemplum est quod à Sylla Marij ossa dissipata sunt, quod fatum sibi quoque timens Sylla, primus inter Cornelios cremari voluit: atque hos ita humanos *sitos* voca-
11 bant. Non igitur qui vritur sepelitur, sed qui humatur; quod autem ait lex de tribus riciniis, vestimentum hoc erat lugubre & funestum: ita interpretabantur Sextus Ælius, & Lucius Accilius veteres legum interpretes; non enim decebat funus alba vestis & festiua. Vnde Iulius Paulus *dict. lib. 1. receptarum sententiarum titul. 21. de sepulchris & lugendis*, §. 3. ita, inquit: *Qui luget, abstinere debet à conuiuiis, ornamentis & alba veste.* Nostra autem lege Hispaniæ

paniæ finitus quoque & taxatus modus est his riciniis, id est, vestibus lugubribus, vestibusque luctuosis, deducto modo iam pridem à lege hac duodecim Tabularum, qua tribus riciniis totum funus complebatur. Subdit lex, *neuè læsum funeris ergo habento*: læsum Lælius vetus interpres, quasi lugubrem eiulationem interpretatur; expendenda autem sunt verba Lælij interpretis, ait enim læsum, hoc est lugubrem eiulationem, non verò fletum fuisse lege duodecim Tabularum prohibitam. Humanum erit propter amicorum mortem, & propinquorum flere, eiulare verò ferinum; nihil enim, vel immoderatè casu aliquo commoueri, aut pecudis, aut stulti est; aliorum verò casum condolere, humanum; ideóque lex duodecim Tabularum prohibet eiulationem, non fletum. Æneus esto, aut mortem amicorum condolebis. Nam & Iacob Patriarcham tota fleuit Ægyptus septuagintua diebus, & Ioseph, & fratres eius cùm patrem deferrent in terram Chanaan ad sepeliendum, celebrantes exequias ad aream Azaël, quæ sita est trans Iordanem, planctu magno, atque vehementi impleuerunt septem dies, & nomen à planctu inditum loco est. *Geneseos cap.* 50. Et de beato Stephano legimus, quod sepelierunt eum viri timorati, & fecerunt planctum magnum super eum; ideò in Concilio Arelat. *canon.* 3. circa tempora Leonis Papæ, sessio est his verbis: *Laici qui excubias funeris obseruant, cum timore & terrore & reuerentia hoc faciant; nullus ibi diabolica carmina præsumat cantare, nec iocos, nec saltationes facere, quæ Pagani docente diabolo adinuenerunt. Quis enim nesciat diabolicum esse, & non solùm à religione Christiana alienum, sed etiam humanæ naturæ esse contrarium, ibi lætari, cantare, inebriari, & cachinnis ora dissolui, & omni pietate, & affectu charitatis postposito quasi de fraterna morte exultare, vbi luctus & planctus flebilibus, vocibus debuerit resonare pro amissione chari fratris.* Hactenus Concilium: & Iulius Paulus receptarum sententiarum titulum fecit *de sepulchris & lugendis*, & §.3. *Qui luget* (inquit) *abstinere debet à conuiuiis & ornamentis & alba veste.* Multa quoque lex duodecim Tabularum de vnctura, de potatione, deque accerra; fiebat enim potatio, & epulos inibant propinqui coronati, & de laude mortui agebatur, ex Cicerone *dict. lib.* 2. *de legibus*, *ad finem.* Quod quidem nostri sanctissimè prohibuerunt sacris Canonibus de his 12
constitutis, *cap. nullus*, 44. *distinct.* Quo in loco conuiuia turpia in mortuorum funere prohibentur. *Nullus presbyterorum*, inquit, *Concilium*, *quando ad anniuersarium diem, trigesimum, aut septimum, vel tertium alicuius defuncti, aut quacumque vocatione ad collectam conuenerit, se inebriare vllatenus præsumat, nec precatus amore Sanctorum, vel ipsius animæ bibere, vel alios ad bibendum cogere, vel se aliena precatione ingurgitare, nec plausus, & risus inconditos, & fabulas inanes ibi referre, aut cantare præsumat.* Veteres enim Græci & Romani ex Cicerone *vbi suprà*, potationes, & epulas admiserunt, & cantus & carmina, quod lege duodecim Tabularum diminutum fuerat. Lege autem Pontificia omnino prohibitum, ne in defunctorum funere conuiuia fiant, nec his assideant viri religiosi, & pij: quod in hoc Regno apud Gallecos perpetuò prohibitum, & perpetuò retentum est; & prohibebitur semper, & apud rusticos perpetuò retinebitur.

Ex his autem non est intelligendum conuiuia omnino prohibita esse cleri- 13
cis

cis & religiosis; conuiuia enim quæ fiunt pauperibus religionis amore, & charitate, etiam clericis permittuntur in funere; dum tamen hæc conuiuia non fiant in tempus sacris, *cap. conuiuia*, 44. *distinct. cap. non oportet*, 2. *distinct. cap. quiescamus*, 42. *distinct.* quæ conuiuia, quæ pauperibus exhibebantur amoris & charitatis vi, charitatem vocarunt veteres, & significarunt hoc verbo ἀγάπη, quod est charitas. Iudas in epistola inquit: *Hæ sunt inter charitates vestras maculæ, mutuo conuiuantes, absque timore.* Et verbum illud, *inter charitates*, id est, inter comessationes interpretatur, quæ fiebant charitatis gratiâ. Vnde charitates dictæ sunt, quo verbo vtitur Hieronymus *in epistola ad Eustochium*, Cyprianus *lib. 3. ad Quintum, cap. 3.* Vide plura adducentem D. Didac. Couarr. *in cap. fin. de Testam. in principio.* Quod eo notaui, quòd in nostro Prætorio Galleco nomine charitatis significamus pensionem quæ quotannis soluitur ab Aduocatis ad comparandum cereas candelas, & funalia,
14 quibus sacra fiant, & corpora mortuorum sepeliantur: cum enim vulgò Annalia vocentur, nobis charitas nuncupatur, sicuti conuiuia & commessationes piæ dicebantur agape, id est dilectio, vel charitas; scilicet quòd fiebant charitatis & dilectionis causâ; ita pensio illa dicitur agape nobis, id est, dilectio vel charitas, quòd feruentiori amore, & charitatis quodam veluti voto persoluatur, deducto verbo à Hieron. Cypriano, & Iuda in historia sacra. Denique id dictum volemus, semper funeris sumptus iuraque ipsa sepulchrorum legibus moderatos fuisse, vt non miremur si nostri quoque hodie modum in his quærant, cùm riciniis, id est vestibus lugubribus, quas nos nostro nomine vocamus *Lutos*, & funalibus sit constitutus modus lege lata.

15 Itaque funeris sumptus necessarios intelligimus, qui ad sepeliendum corpus fiunt in ipso funere, & in ipsa duntaxat sepultura, nihilque amplius, obseruatâ personæ, quæ sepelitur, qualitate & bonorum facultate, *l. 12. tit. 13. part. 1.* ibi: *Que aquestas despensas sean fechas mesuradamente, catanda la persona de aquel por quien son fechas.* Quin sic alicubi consuetudo recepta inoleuit, vt nouendiale fiat; solet enim funus repeti septimo sæpè, nonnunquam nono die; passim verò anno expleto, de quo *in dict. c. nullus*, 44. *distinct. c. quia alij*, 13. *q. 2.* *Quia alij*, inquit Ambrosius, *tertium diem, alij tricesimum, alij quadragesimum obseruare consueuerunt, quid doceat lectio consideremus. Defuncto*, inquit, *Iacob, præcepit Ioseph pueris sepultoribus, vt sepelirent eum, & sepelierunt sepultores Israël, & completi sunt quadraginta dies. Sic enim dinumerabantur dies sepulturæ, & luxit eum Ægyptus septuaginta diebus.* Hæc ergo sequenda solennitas, quam præscribit lectio: Nouendialis autem mentionem fecit Ho-
16 ratius *in Epodo*, & Cœlius Rhodiginus *lectionum antiquarum cap. 45. lib. 9.* De septimo die mentio est apud Ecclesiasticum *cap. 22. Luctus mortui septem dies.* De anniuersariis meminit Tertullianus *de Monomogamia*, quòd anniversaria pro defunctis celebrari consueuerant. Dion Cassius *de Adriano Cæsare* ita inquit: *Quare minimè mirandum est si Plotinam mortuam, cuius potissimùm operâ Imperium adeptus fuerat, eúmque amauerat, excellentissimè coluerit & ornauerit; per nouem enim funeris dies pullatus incessit, templúmque erexit, & hymnos in eam fecit.* Quæ quidem aduertenda sunt vt horum quoque dierum ratio habeatur in expensa funeris facta, in quo plurimùm valebat consuetudo, & bonorum facultas,

facultas, personæque qualitas. Quod enim ait lex *funeris sumptus, ff. de relig. & sumptib. fun. Si qua vestiaria sunt*, non ita accipiendum est, vt nomine huius vestes intelligamus quæ fieri solent hæredibus. Hæ enim vestes vulgò *Lutos*, nisi emortuus dandas censuerit, necessariæ ad funus non sunt: sed *in d. l. funeris*, nomine illo vestiaria illa intelligimus, quibus cadauer inuoluimus, vulgo *Mortaja*, atque pannum illum quo *Tybon* Græcis, vt est apud Ciceronem *suprà*, nos *Tumba*, vulgari verbo vocamus, contegitur, & cooperitur. Hos ferè sumptus nomine funerarij intelligimus. Vide Chassanæum *in consuetudinibus Burgundiæ, rubr. 4. §. 9. pagina mihi* 273. quæ est egregia declaratio ad glossam *verb. funesta, in l. si ex re, §. fin. ff. de stipulat. seruorum*, quam sequitur, præter cæteros, Angelus ibi, & Ioannes de Imola, & sequutus est Didacus de Castillo *in l. 30. Tauri, verb. Gastos.* Verè enim tenendum est vestiariis, de quibus *in d. l. funeris*, id solum contineri, quo cadauer contegitur; vestes verò lugubres qui fieri sibi velit de suo soluat.

Vnde intelligendum est, quod est ipsa necessaria impensa funeris ad sepulturam, & nouendiale, vel annale, ex consuetudine. Denique id quod impenditur in sepultura corporis, necessariæ expensæ nomine continetur *ex dict. l. funeris.* Atque hæc ipsa expensa est illa, quæ præfertur æri alieno, iuxta legem *impensa, ff. eod.* & *l. 12. tit. 13. part. 1.* Quod dicimus de nouendiali, annali, vel anniuersario, cautè accipiendum est; non enim adeò necessarium arbitramur, sicuti est ipsa corporis sepultura; ob ídque si facultates emortui creditoribus non sufficiant, meliùs anniuersarium omitti, vel nouemdiale negligi, quàm impiè æs alienum deglutiri. Si verò facultates mortui suppetant sine iniuria & damno creditorum, non existimo omittenda esse, ob ídque in ratione hæreditaria, cui sumptus funeris necessarij erunt persoluendi, rectè quoque soluentur nouendiales, vel annales sumptus, obseruata consuetudine, quam honestè omittere non potuit ille qui funus fecit. Est enim ea consuetudo laudabilis ex dictis legibus & Pontificalibus constitutis. Sic itaque accipiendum est quod dicitur *in d. l. impensa*, & *in d. l. 12.* impensam funeris deducendam esse priùs quàm æs alienum, vt id intelligamus iuxta prædicta de impensa funeris ad sepulturam duntaxat emortui; in quo non continebitur nisi vestiarium, quo indutum cadauer sepelitur, vel quod tybon cooperit; non verò vestes lugubres continebuntur; funalia autem cerea, & alia id genus quoque pro personæ qualitate, & facultatibus eiusdem, & loci consuetudine, *d. l. 12.* ibi: *Ca fazen las en cumplir los monumentos.* Et pertinet ad ea quæ diximus de sepulchris. *Y aun en fayerlos leuar a soterar, e mayormente quando mueren fuera de sus lugares, e los au de lleuar alla, y para guadar los de noche e de dia quando non los pueden soterar, e en candelas, e en mortaias, e en todas las otras despensas que fazen por razon del euerpo antes que sea soterado.* Hæc est necessaria expensa, & subdit. *Deuen gelas dar delos bienes del muerto ante que paguen ninguna cosa de las mandas que fiziesse in su testamento, ni aun de las deudas que deuia en qualquiera manera que la deuia, e ante que partan ninguna cosa de su auer los herederos que lo ouieren de auer, solo que estas despensas sean fechas mesuradamente, catando la persona de aquel porquien son fechas.* Quæ verba vltimò posita confirmant ea quæ ex Paulo adduximus *in d. l. 1. §. de impensa, ff. ad leg. falcid.*

Itaque ius nostrum impensam illam omnino necessariam ad sepulturam æri alieno præponit, non alia quæ ad honorem fieri consueuerunt. Si igitur ære alieno quis adeò grauatus fuerit, vt deductis ex patrimonio funeris necessariis expensis creditoribus præiudicium fiat, patienter illi ferent. Nec enim funus potest propter creditores detineri, nec corpus inhumatum, infletúmque detinebitur ob id ipsum, glossa *in cap. ex parte, el primo, de sepulturis.* Abb. ibi, & Franciscus *in c. qua fronte, de appellationibus.* Humani enim corporis secrestatio fieri non potest etiam ob instrumentum executiuum. Suarez *in repet. l. regni*, post legem, *post rem iudicatam, ff. de re iudicat. 6. amplificat.* Hyppolitus *singul.* 199. Felin. *in cap. quàm sit, de Iudæis.* Couarr. *in cap. Raynaldus, de Testam.* §. 3. *num.* 3. Regia lex *fin. tit.* 13. *part.* 1. contra Seguram *in l. si ex legati causa, ff. de verborum obligat.* & Angel, *in authent. vt defuncti seu funera eorum:* quæ inuestigatio eò pertinet si cum creditoribus lis sit.

20 At verò si creditores sint, & filij, quibus respectiuè debita & legitimæ portiones sint debitæ, tunc quidem alia consideratio est; deducetur enim istiusmodi impensa ante æs alienum, tum verò creditoribus satisfiet, demùm de residuo portiones legitimæ fient; quod si impensa hæc necessaria respectu portionum quintum excesserit, cùm tamen necessaria sit, filiis deuoranda est istæc molestia, non verò creditoribus: filij enim boni consulant quod aliquid supersit in hæreditate, qui patrem sine vllis bonis emortuum aliàs erant funeraturi suis expensis: si verò filiis nihil remaneat, atque ære alieno soluto impensa necessaria seruari non possit, creditoribus oberit: tenet Couarr. vbi suprà *d.* § 3. *n.* 2. Inter filios verò ex quinto paternæ hæreditatis huiusmodi impensæ soluuntur, *l.* 6. inter Taurinas leges. Quod si quintum relinquat pater filio naturali pro alimentis, & deductis expensis funeris non sit quintum illud sufficiens ad alimenta, adhuc existimo quod ad portiones legitimas filiorum non sit deueniendum, sed recurrendum est ad ea quæ diximus suprà.

21 Si verò quispiam, veluti executor testamenti, has fecerit impensas, & quintam bonorum partem necessariæ expensæ excesserint, filij quidem patienter ferent; intra quintum autem expendet ex Paulo *in d.* §. *de impensa, & ex d. l.* 12. *tit.* 13. *part.* 1. pro loci & personæ qualitate, dummodo in funalibus & vestibus luctuosis modum lege nostra Regia taxatum & definitum non excedat: ipse autem executor, qui huiusmodi necessarias impensas facit, in exactione rerum hæreditariarum, & fructuum si quas quoque expensas fecerit, ex bonis defuncti poterit deducere, Ioan. Andreas, Archid. Dominicus *in c. fin. de testam. lib.* 6. Paulus Paris. *consil.* 26. *num.* 18. *vol.* 4.

22 Illud quoque huc pertinet quod ait Abb. *in cap. vt præterita, de electione*, & Decius *consil.* 157. & Abb. *in disputatione, Sempronius dub.* 1. quod successor in Ecclesia tenetur necessarias expensas in funus Rectoris & Parochi emortui erogare, alia verò quæ pertinent ad magnificum sepulturæ ornatum hæredes tenentur subministrare. Afflictis, *decis.* 84. Igitur necessariæ impensæ alia vbique ratio est, alia verò eius quæ fit ad magnificentiam & honorem, vnde successor vestes lugubres non præstabit, nec item filius, etiamsi quinta ei pars bonorum relinquatur, quia hæ vestes lugubres non continentur plerumque nomine necessariæ expensæ, sed filij istiusmodi vestes lugubres vel ex tota hæreditate

reditate accipient, vel quisque de suo faciet sibi: in seruis quoque quod iustum bonumque videbitur, fiet pro personæ qualitate, & bonorum facultate, ex *dict.l.* 12. Certè filia dotata quæ patris emortui, vel matris omnino hæres futura non est, de suo vestem illam lugubrem faciet, sufficietque illam esse dotatam ad hoc; interim dum animum non explicat, consumat de suo, si pullata & luctuosa pro parente videri velit.

Ex his omnibus, quæ dicta sunt, facilè componitur difficultas illa, an expensa funeris præferatur sicuti æri alieno, ita quoque æri alieno qui habeat tacitam vel expressam hypothecam, vtputà fisco vel vxori in rebus dotalibus? Quam quidem difficultatem, vt verum fatear, ita accipio, vt verbis quidem speciosa sit, re vera tamen nihil solidum contineat. Nos enim etiam in hac quæstione agimus de funeris expensis necessariis, quas omnes æri alieno præferunt. Itaque ex decisione Iureconsultorum nullam subesse difficultatem intelligere poteramus, quia ipsi planè cùm constituant quid necessariæ impensæ nomine contineatur, de quo *in dict.l.sumptus funeris*, & *in l.at si quis*, *§.funeris causa sumptus*, *ff.de relig. & sumptibus fun.* & *dict.l.*12. *tit.*13. *part.*1. deinde cùm dicant hanc necessariam impensam omnino præferendam esse omni æri alieno, vt *in dict.l.at si quis*, §.1. & *l.penultima*, *ff.de relig.sumpt.* planum videbatur cessare istiusmodi difficultatem; qui enim dicit funeris impensam necessariam præferri omni æri alieno, planè nisi stolidus sit, intelligere videtur, de dote & fiscali debito, in quibus æris alieni propriè vox ipsa verificatur, vt patet ad oculum; atque hæc quantum attinet ad ipsam impensam. Quod verò attinet ad differentiam inter expressam & tacitam hypothecam, sicuti in hac parte, ita in cæteris iuris partibus passim video discrimina & differentias huiusmodi inter expressas & tacitas hypothecas labefactari, & à doctis longiùs propelli & eiici; quod nunc non prosequor, vbicunque enim ius hypothecam subiicit, quam nos tacitam vocamus nostro nomine; video eidem omne ius omnem prærogatiuam concedere, sed vtcumque sit, licèt hæc difficultas docto & egregiè erudito nullum negotium faceret, omnibus tamen, quod ait Paulus, faciendum est. Igitur Antonius de Fano *de pignorib. & hypoth.*5.*part.membro* 2.*num.*28. hoc ipsum attingit, qui tamen recitat opinionem Bart. *in l.*1.*ff.solut. matrimon.*4. *oppositione*, qui tenet quod huiusmodi impensa præfertur doti; quod sequitur Angel.de Aret. *Instit.de leg.Falcid.§.fin. in* 2.*notabili:* quorum assertio eò extenditur, vt quatenus de dote loquuntur, intelligamus huiusmodi prælationem in hypotheca tacita. Ex altera autem parte ponderat dictum Bald. *in tractat.de dote*, *in* 2.*parte*, 6.*limitat.* qui tenet & admittit distinctionem & separationem inter expressam & tacitam hypothecam; & in hac opinione Antonius de Fano conquiescit, vt scilicet præferatur funeris impensa (nos de necessaria intelligimus, nam de alia nulla dubitatio iusta esse potest,) tacitæ hypothecæ, non verò expressæ. Denique vult post Baldum, vt mulier quæ instrumentum publicum habeat receptæ dotis cum hypotheca dotis, hoc est, obligatione bonorum ad solutionem dotis, consequatur dotem integram, insepulto, & inhumato viro, nihilque de dote amittat ob sepulturam viri necessariam, etiamsi maritus inhumatus remaneat. Quæ quidem opinio etiamsi nihil aliud pro se haberet, satis ex ipsa facti spe- 24

cie dura & inhumana videri poterat. Quid enim est quod vir vxorem pauperem ex suo funeret, *ex dict. l. quod si nulla, ff. de relig. & sumptibus*, ibi: *Quod si nec hæredes habeat; nec pater soluendo sit, maritum in quantum facere potest, pro hoc conueniri, ne iniuria eius videatur, quondam vxorem eius insepultam relinqui*: quia ex dignitate mariti sit, vxorem eius insepultam minimè relinqui; at verò mulieri prærogatiua sit excogitanda, qua dotem consequatur insepulto viro & inhumato? Illa tamen distinctio inter hypothecam expressam & tacitam minimè iure probatur, *l. fin. §. in computatione, Cod. de iure deliberand. l. impensa, ff. de relig. & sumptib.* vbi Mætianus inquit: *Impensa funeris semper ex hæreditate deducitur, quæ etiam omne creditum solet præcedere, cùm bona soluendo non sunt*: ponderando verbum *Omne*, & verbum *Semper*. Nihil enim excludunt, *l. à procuratore, C. mandati, cap. si Romanorum, 19. distinct.* Immò cùm dos præcedat tacitam hypotheeam, vt *in l. at si quis, §. 1. ff. de relig. & sumpt. fun.* vbi, *si colonus*, inquit Vlpianus, *vel inquilinus sit is, qui mortuus est, nec sit vnde funeretur, ex inuectis & illatis eum funerandum Pomponius scribit; & si quid superfluum remanserit, hoc pro debita pensione teneri*; necessariò intelligendum est expressæ quoque hypothecæ esse præferendam. Cùm enim Imperatores tacitas hypothecas inuenerunt, id effecerunt, vt legibus subueniretur, quemadmodum sibi quisque aditis & consultis doctis & peritis

25 in iure subuenire expresse posset; omninoque tacitas hypothecas expressis similes esse voluerunt: probat mihi textus elegans & expressus *in l. vna, §. & plenius, C. de rei vxoriæ actione*, ibi: *Sicut enim stipulationes & hypothecæ inesse dotibus intelliguntur, & inutiles stipulationes emendantur; sic & in posterum causa inueniatur valida & perfecta, quasi omnibus dotalibus instrumentis à prudentissimis viris confectis.* Quod quidem Imperator vniuersum esse voluit in omni tacita hypotheca de lege inducta in eo *§. & vt plenius*, ibi, *quemadmodum in administratione pupillarium rerum*, & in aliis multis iuris articulis. Facit lex *pro officio, Cod. de administratione tutor.* ibi: *Bona tanquam titulo pignoris obligata.* Vbi quemadmodum si ipse tutor expresse obligasset bona sua pro administratione tutelæ, ita lex ipsa obligat. Habes plura iura per totum Codicem *in quibus causis tacit. pignus vel hypothec. contrahat.* Elegans textus ad hoc *in l. 1. Cod. communia de legatis*, quæ ad prosequutionem legati hypothecariam concedens, ita ait: *Cum enim iam hoc iure nostro increbuit licere testatori hypothecam rerum suarum in testamento quibus voluerit dare; non abs re etiam nos in præsenti casu hypothecariam donare actionem, quæ etiam nullo verbo præcedenti possit ab ipsa lege indulgeri.* Et infra in eadē lege, per totam. Cùm igitur in hoc expressis hypothecis per omnia exæquata sint tacitæ, cessat Baldi & Antonij de Fano consideratio illa, quâ in tacita & expressa eadem in hoc consideratio est.

26 Adde in hac materia, quod is qui publicè hospitatur, vocamus nos nostro nomine *Mesoneros*, si in hospitis emortui funus fecerit impensas, vel in infirmitate, non tenetur restituere bona hospitis emortui, nisi refusis expensis morbi & funeris. Ita Paulus de Castro *in l. in restituenda, Cod. de petitione hæred.* & ante eum Bald. & Bartol. & tenent Paulus & Bald. ibidem, quòd non præsumamus sumptus huiusmodi factos ab ipso stabulario; quia in hoc nulla præsumptio iuris est, contra Bart. qui in hoc & aliis id genus negotiis

præsumptio

præsumptionem excogitauit, de qua Iason *in l. cùm seruus, ff. de verborum oblig. num.* 4. & Alex. Ang. & Franciscus de Aretio ibi: existimebat enim Bartol. quod vbi factum requirit sumptum, præsumatur factum ab illo qui suis expensis facere tenebatur; per textum *in l. fin.C. de alimentis præstandis.* Vnde infert Bartol. quod si testator mandauit sibi fieri sepulchrum, & reperiatur factum, quod præsumemus factum ab eo qui facere tenebatur, per textum *in dict.l.fin*.quod quidem benè ipse Iason explicat, vt quod attinet ad hos sumptus 27
recuperandos, nihil præsumamus, cùm agatur de obligatione inferenda & inducenda; sed is recuperare sumptus voluerit, probare tenetur illos à se factos esse, quod probauit ex Paulo, & Baldo *in dict. l. in restituenda.* Idem probabit ille à quo hæreditas restituitur, ex Bart. Paulo & Baldo, secundùm hanc magis veram opinionem *in dict. l. in restituenda*; iuris enim præsumtiones non sunt cumulandæ, nec aliæ admittendæ, quàm quas ius ipsum inducit; præsumumtur enim ea quæ ius voluit præsumi; id est, quia ius antequam aliquid constet, absque aliis probationibus, habet aliquid pro vero, ex præpositione, *præ*, & verbo *sumo.* Ita Alciatus in principio de præsumtioni- 28
bus: vnde qui sine iure præsumit, præsumptuosè agit, temerariè & superbè, glossa *in §. sic itaque, in autenthico de nuptiis*: glossa & Felinus *in c. Iudæi, de testibus*, cum ibi adductis. Vnde inhoc casu vbi agitur de sumptibus recuperandis, nulla est inducta à iure præsumptio; ac proinde sunt ab eo qui se fecisse sumptus asseruat probandi. Necquicquam facit lex finalis, *C. de alimentis pupillo præstandis*, quia ibi fortassè contra Bartol. nulla præsumptio est. Verè enim tutor ibi non excusatur approbatione, etiamsi contraria requiratur à pupillo: & si qua est, quam ego nullam esse arbitror in casu dictæ legis finalis, alia adhuc ratio est tutoris, & stabularij. Tutor enim alere tenetur pupillum, quem domi in potestate habet; stabularius non item. Vnde quia à principio inest tutori obligatio alendi pupillum, quem domi suæ secum habet ad hoc ipsum vt eum alta, meritò cùm pupillus reperiatur adultus, & domi tutoris alitus, præsumit ius ab eo alimenta præstita, nisi pupillus aliunde se alitum ostendat, cùm ex necessitate tutor teneatur alere: ita intelligit Paulus, & post eum reliqui *in dict. l. cùm seruus, ff. de verb. oblig.* in quo Bart. doctrina saluari poterit; quem tamen indistinctè Iason reprehendit vbi suprà.

Quod attinet ad vxorem viduam alia traditio est, si quidem eidem dandæ 29
sint vestes lugubres, necne. Quod quidem faciendum existimabit glossa *in l.* 4. *titul.* 11. *part.* 4. præter alios, de quibus inferiùs: & vetus illa glossa ex eo id colligebat, quia cùm mulier vidua alimentanda esset, pronum quoque erat eandem induere lugubri illo vestimento funeri s, ex ratione legis *verbo victus, ff. de verb. significat.* Illa tamen quæstio etiamsi leuiter attingatur à nouioribus interpretibus legum Taurinarum, altiùs tamen inuestiganda est, & multa in eam incidunt maximè controuersa inter viros egregiè. Siquidem iam inde repetenda est ab illa verissima opinione contra communem & receptam sententiam, quâ receptum est communiter hæredes mariti sicuti ipsum maritum lucrari fructus rerum mobilium toto tempore annuæ dilationis, quæ datur marito, ad mobilia restituenda: quam communem opinionem cum glossa *in*

l. vna, §. exactio versic. restituendis, C. de rei vxoriæ action. Bartol. & communis Schola tenet *in l. diuortio. ff. soluto matrimon.* Vbi expressè Paulus, Alexand. & Iason hanc receptissimam esse dicunt : idem Zazius communem dicit *lib. 2. singul. responsorum cap. 3. num. 1.* Idem Couarr. *in par. 2. cap. 3. §. 9. numero 9.* notissimum enim est iuris illud principium, dotem restituendam esse
30 vxori relictæ, immobilia quidem cum fructibus illicò, at verò mobilia intra annum, *dict. §. exactio, & l. penultima, tit. de las dotes, part. 4.* Tenet igitur communis opinio, quod intra annuam illam dilationem hæredes viri omninò lucrentur fructus rerum mobilium : quæ quidem communis iam olim Paulo de Castro, & post eum Alexandro suspecta fuit ; tandem Zazius eam refutat apertè, & fortissimè ; cùm immobilia statim cum fructibus restitui iubeantur, nec bona ratio diuersitatis reperiri possit ; vtcúmque enim à principio dos fuit in vtroque, ideo par viro & vxori ius est soluto matrimonio. Tum quia verissimum est soluto matrimonio dotem datam vxori, quæ tradita est viro, ad vxorem ipso iure reuerti, ita vt statim singulari iuris beneficio sublato è medio viri impedimento, dotis domina fiat, siue dos in rebus immobilibus, siue mobilius consistat, *l. in rebus, C. de iure dot. l. fin. C. soluto matrimonio.* Bald. *in*
31 *l. dotis actione, C. solut. matrim.* Cùm igitur dos pleno iure reuertatur ad vxorem, dilatio illa annua ius circa fructus extinguere non videtur. Ex eo enim tempore hæredes mariti verè rem alienam possident, quam sciunt ad se iam non pertinere, & omninò restituendam ; fructus igitur non facient suos, *l. bonæ fidei emptor, ff. de acquirend. rerum domin.* Facit textus *in l. diuortio, §. non solùm, ff. solut. matrimonio*, vnde fructus fundi, & rei mobilis æquiparantur. Verba eius apponuntur, quia de illo textu dicit Zazius, quod mortalis anima sine diuinatione vel suppletione respondere nunquam poterit. *Non solùm*, inquit Papianus, *de fundo, sed etiam de pecore idem dicemus, vt lana ouium fœtúsque pecorum præstetur ; quare enim si maritus prope partum oues doti acceperit, item proximas tonsuræ ; post partum & tonsas oues protinus diuortio facto nihil reddatur : nam hîc fructuum toto tempore quo curantur, non quo percipiuntur rationem accipere debemus.* Hactenus Papianus, qui textus est apertissimus.

32 Item illa rationem, vt vir fructus dotis lucretur, necessum est intelligere, vel quia dominus est rei dotalis, ad quem iure dominij fructus pertinere dignoscuntur, *l. doce ancillam, C. de rei vendicat. iuncta l. bonæ fidei emptor, ff. de acquir. rerum dominio* ; vel quia onera sustinet matrimonij, *l. pro oneribus, ff. de iure dotium.* Soluto autem matrimonio, nec dominus est, nec item onera sustinet matrimonij ; cur igitur fructus rerum mobilium consequetur? Facit textus *l. 1. §. Itaque, C. de rei vxoriæ actione* ; qui textus est apertus, verba autem eius hæc sunt : *Fœtus autem iumentorum, omniáque quæ fructuum nomine continentur, ad lucrum mariti petrineant pro tempore matrimonij, siue æstimata sint, siue non : sed & nouissimi anni, in quo matrimonium soluitur, fructus pro rata temporis portione :* qui textus bene facit pro Zazio, contra communem, quatenus de fœtu iumentorum agit ; sed fortiùs pro opinione Antonij Gomezij, de qua infrà agendum est, ibi, *omniáque quæ fructuum nomine continentur.* Ecce igitur pro Zazio quomodo fructus mobilium pro portione anni diuidantur : nec retenta hac opinione

tollitur

tollitur vtilitas annuæ dilationis; proderit enim annua dilatio hæredibus mariti, ne ad solutionem præcipitentur; conceditur enim viro ob humanitatem istiusmodi annua dilatio. Interim tamen vir, dum mobilia non auferuntur, eodem commoditatibus vtetur, nempe ad pompam, luxum, honorem, & ornamentum domus; quæ commoditas agnita est Iureconsultis *in l. sed mihi, in fin. cum l. seq. l. si vt certo, §. si de me, ff. commodati. Non potest commodari*, inquit Vlpianus, *id quod vsu consumitur, nisi fortè ad pompam vel ostentationem quis accipiat*: & Gaius: *Sæpè*, inquit, *ad hoc commodantur pecuniæ, vt dicis gratia numerationis loco intercedant.* Ex qua ratione, quòd intra annuam dilationem mobilia ad honorem & pompam, quorum hæc commoditas est, marito esse poterunt, cessat obiectio illa. Tum etiam quia dilatio annua euitat properam & præcipitem solutionem, qua maritus aliàs grauari poterat; & in hunc sensum accipit Zazius legem *si constante, §. quoties, ff. solut. matrim.* vt verbum illud *commodo*, de quo ibi, hoc importet: idem *in l. si cùm mulier, §. rerum, ff. de actione rer. amotar.* vt quidem maritus habeat commodum hoc rerum mobilium, non verò fructus. Tum etiam *ad dict. §. quoties*, distinguit inter tempus certum, de quo ibi; & tempus legitimum, quasi dicat ibi ex conuentione contrahentium fuisse tempus certum & constitutum, non verò legitimum à lege positum; ad quod certum tempus dos restitueretur, quo casu ex voluntate contrahentium toto illo certo tempore maritus fructus lucratus est. Pro qua contra communem opinionem ponderatur textus *in dict. l. 1. §. exactio, C. de rei vxoriæ actione*, ibi: *Fructibus videlicet immobilium rerum parti mulieris ex tempore dissoluti matrimonij præstandis, similique modo pensionibus, vel vecturis nauium siue iumentorum, vel operis seruorum, vel quæstu ciuilium annonarum, & aliis, quæ sunt eis similia, parti mulieris restituendis.* Pondera verba illa, *ex tempore dissoluti matrimonij*; & verba illa, *vel vecturis nauium, siue iumentorum*, ex quibus intelligere facile est, fructus mobilium, quales vectura nauium, & iumentorum, parti mulieris restituendos à tempore soluti matrimonij; nec dependet versiculus ille ex superiore, vbi de mora Imperator agit, sed separatim legendus est versiculus, ex sententia Zazij, contra Iasonem qui dicebat versiculum illum, *Fructibus videlicet* appendicem esse ex versiculo superiori, *sin autem*, vbi de mora Imperator egerat, vt differente viro post annum rerum mobilium restitutionem, ex mora fructus debeantur, ex qua contra receptam veteribus sententiam fructus mobilium non pertinent ad virum, nec ad hæredes viri, sed ad vxorem viduam à tempore soluti matrimonij; cùm enim maritus ex hac opinione lucretur, ad vxorem pertinere debent: & hæc vtilia sunt ad legem penultimam, *titul. de las dotes, partit.* 4. 33

Et quamuis Zazius fortissimè argumentetur contra communem, tamen nec Zazius indistinctè, nec vetus & recepta sententia verum attigêre. Meliúsque Hispanus Antonius Gomezius, etiamsi difficultatem non attigerit, mediam viam, eámque iuridicam constituit *in l. 51. Tauri, num.* 47. vt scilicet, nec hæredes, aut vir lucrentur fructus mobilium cum communi, nec omnino restituant Zazio, Paulo, & Alex. sed ita temperetur res sicuti ab Imperatore temperatum est, *in d. l. 1. §. fructibus C. de rei vxor. actione*, vbi imperator constituit apertè, quod si dos constituatur in rebus mobilibus, quæ fructuosæ sint, vt in 34

iumentis,

iumentis, nauibus, & aliis his similibus re ipsa fructuosis, huiusmodi res mobiles restituantur post dilationem cum fructibus, scilicet, vecturis, & iumentis enatis; sin verò res suâ naturâ fructuosæ non sint, vt serui, & pecuniæ, tunc quidem res duntaxat veniat in restitutione; quod respectu pecuniæ, quæ fructuosa non est de sui natura, & interim ampliores redditus habet quàm fructuosæ res, vtilissimus est; Toto enim anno vsuras pecuniæ lege permissas, vel quæstum retinet, pecuniâ duntaxat numeratâ & solutâ post dilationem: pro hac faciunt verba illa *in dict. §. fructibus. Fructibus videlicet immobilium rerum parti mulieris ex tempore dissoluti matrimonij præstandis, similíque modo pensionibus, vel vecturis nauium, siue iumentorum, vel operis seruorum, vel quæstu ciuilium, annonarum, & aliis quæ sunt eis similia parti mulieris restituendis.* Hæc Imperator, vbi verba illa *& aliis quæ sunt eis similia*, non sunt otiosè posita ab Imperatore; posset enim vnico verbo dicere, *& aliis mobilibus*, quod non est dictum, vt de mobilibus fructuosis intelligeretur: & vtérque Antonius Gomez noster, & Zazius intelligunt versiculum illum, *fructibus videlicet*, non dependere ex versiculo anteriori, vbi de mora actum erat, contra Iasonem; & benè & ita asserit tenere Bartolum & Doctores suo more *in d. l. si constante, §. quoties, ff. soluto matrimonio. num.* 9. & Alexand. post alios *in l. divortio eod.* Hæc pro veritate eius disputationis cumulata nobis sunt cùm autem tres opiniones in hoc sint, iuxta vnâquámque in nostra quæstione variè respondendum est, ex opinione Zazij, Pauli, & Alexand. consequene

35 ter tenendum est contra communem opinionem *in dict. l. diuortio ff. solut. matrim.* de qua communi idem Bart. Paulus, Alexand. & Iason, quod hæredes mariti non tenentur toto illo anno dilationis vxorem viduam alere; quæ quidem nova assertio ex anteriori pendet, quia si vxor vidua integrè bona omnia sua consequitur cum fructibus & vsuris, qui fieri potest, vt alimenta habeat, cùm hæc ipsa debeantur ratione dotis, quam integrè consequitur. Porrò ipsa, vel ex fructibus rerum soli, quæ statim restituuntur, aletur; vel si totam dotem res mobilis fecerit, quam ipsa habere non potest propter annuam dilationem, implorare officium iudicis poterit, vt maritus, vel hæredes, qui post annum ad fructus tenentur, anticipata aliqua solutione propter necessitatem tantum ei fructum præstet, quantum ad alimenta necessum sit, quod obtinebit ex regula *Quod tibi non nocet, & alteri prodest, inuitus teneris vt facias*: *l. 2. §. item Varus, ff. de aqua pluu. arcent.* & quia subest necessitas alimentorum, ita tenet Zazius *vbi suprà.*

36 Vnde consequenter ad nostram quæstionem quam tractamus, retenta hac opinione, quoniam vidua integram dotem habitura est cum vsuris & fructibus, seclusa consuetudine dicendum est vestes lugubres in funere habituram de suo vxorem, nec enim aliter intelligi potest; cùm enim iam separatum matrimonium sit, diuisioque facta patrimoniorum, quisque de suo incipit viuere & ali, atque adeò vestiri, *d. l. divortio, l. de divisione, ff. solut. matrimon.* ita vt ex hac opinione glossa vetus *in dict. l.* 4. *titul.* 11. *part.* 4. sustineri non possit.

37 Sustinebitur autem ad nostram quæstionem, quam tractamus, retenta etiam opinione Zazij, vbi vxor alenda sit, vel quia non habet vnde se alat intra annum

nium præter mobilia; quo casu alenda est ab hæredibus viri, penes quos est dos toto anno, quo casu posteà hæc ipsa alimenta reputabit cum fructibus mobilium restituendorum, vel cum ipsis rebus mobilibus: ac tum quidem cùm sic alitur vxor iuxta hanc opinionem, vestes quoque lugubres habebit quas reputabit postea; namque hæc vestimenta, verbo victus continentur: siue autem alatur retenta communi opinione interim dum mobilia dotis non restituuntur, cùm ipsa aliunde ali non possit, quo casu alenda est, iuxta communem glossam *in l.diuortio, in principio, ff. solut. matrimon.* communiter receptam, glossa, Bart. & communis *in dict. §.exactio*, quam latè explicat Alexand. *in dict.l.diuortio*, Cynus & alij *in l.fin.Cod.de bonis mat.* hoc quoque casu cum alimentis vestes lugubres habebit ex ratione legis verbo *victus*, *ff. de verb.signific.* nec quicquam posteà reputabit, retenta communi opinione, quia iuxta eam fructus mobilium habitura non est: quod si opinionem illam Gomezij teneas, quæ tenenda videtur, si in pecunia dos sit, aletur vxor, & per consequens vestes lugubres præstabuntur: si verò consistat dos in rebus de sui natura fructuosis, itidem vestes & alimenta præstabuntur, ipsa autem receptis rebus mobilibus cum fructibus, alimenta, & vestes reputabit: & cùm dicitur teneri hæredes dare vestes lugubres vxori viduæ, quod asserit glossa & Ioan. de Imol. *in l.si ex re, §.illud quæsitum, ff.de stipul.seruorum*, Angelus *in §.fuerat, Instit.de actionibus*, Bartol. Bald. Angel. Innocentius, & Ancharan. quos refert & sequitur Ioannes Lupus de Palacios Rab. *in repetit.rub.de donationibus inter virum & vxorem*, §.10. *num.*8. glossa vetus *in d.l.*4. *tit.*11.*part.*4. & glossa *in l.6.tit. 6. lib.*3.*fori leg.* illud quidem intelligendum est iuxta præmissa, aliàs confusè admodùm tractabitur quæstio, & vaga illa & vniuersa assertio iniquitatem continebit.

Vnde intelligi potest id quod ait Alexand. *in l. is qui quadringenta, §. fin. ff.ad legem Falcidiam, ad finem*, vt si hæredes vestes has viduæ dederint, ad quod minimè tenerentur, quod donasse videri poterunt quia vestes viles & parui momenti sunt; quo casu maritus videtur donasse, ex his quæ in vestibus quotidianis notat Ioannes Lupus de Palac. Rubios *in rubrica* §.11.*in principio*, & latiùs glossa *in dict. l.6. tit.6. lib.*3. *fori leg.* Hæc enim conclusio iuxta præcedentia difficilis est, namque retenta opinione Pauli, & Alexand. & Zazij, vel veriori Antonij Gomezij, intra annum hæredes viri omnium mobilium, vel saltem fructuosorum nihil tenerentur dare: si tamen viduæ vestes dederint viduales: nihil aliud habenti quam mobilia fructuosa, vel infructuosa, iuxta has duas opiniones postea in exactione rerum dotalium cum fructibus reputabuntur. Illa enim præsumpta donatio vestium quotidianarum in viro singularem considerationem habet, eaque est vera, quia re vera huiusmodi vestes viles & quotidianæ alimentorum sapiunt naturam, quas mulier ex hac causa tanquam alimentorum iure irreuocabili consequitur, magis quam donationis aliquâ præsumptâ voluntate, quæ rarò, aut nunquam in marito præsumitur: in hæredibus viri cessat ista ratio alendi; cùm dissolutio matrimonij diuisionem fecerit patrimoniorum; cessatque charitas coniugalis: denique ex suo quisque viuit dissoluta societate, quæ morte viri extincta est. 38

T Si

Si verò indistinctè consuetudine receptum sit, quod mulieri dentur vestes
39 viduales, consuetudo seruanda est, quæ in hoc plurimùm potest, ex dicta glossa *in dict. l.4. tit.11. part.4.* Vitalis *in tract. clausular. claus. penult.* Campegius *de dote 2. part. quæst.56.* Palac.Rub. *dict.§.11. num.7.* singularis est declaratio ad decisionem Campegij 26. qui restringit probationem huiusmodi consuetudinis; verè enim mulier probauit in hoc casu hanc ex omni parte consuetudinem.

40 Immò etiamsi vigore consuetudinis hæredes huiusmodi vestes teneantur præstare, quas mulier lucratur ex consuetudine; si tamen intra annum luctus nubat, reddere tenetur hæredibus, Ioan.Lup. de Palac.Rub. *dict.* §.10. *num.*8. Campegius *vbi suprà*, Alex. *in d.l.is qui quadringenta*, §.*fin.in fin.* Ioan.de Garrob.*rubr.C.de secundis nupt.n.43.pœna* 18. Couarr. *in 4. part.2.cap.3.num.10.*

Rursum ex eo capite descendit quod mulier ex *l.5. tit.6. lib.3. fori leg.* lectu-
41 lum quoque vxorium donationis quodam præsumpto titulo consequetur, in quo ipsa & vir cubuissent; quæ lex consuetudinem quoque desiderat receptam, & absque ea admittenda non est. Neque intelligas cum Ioanne Lup. de Palac.Rub. eam legem de lectulo, in quo vxor seorsum cubabat; ita enim ille accipit, contra verba expressa eius legis ibi: *El lecho que auien quotidiano sinque al viuo.* Lex enim de eo intelligit in quo ambo dormiebant. Et ita intellexit & bene glossa ibi, *si verò lectulum à viro legatum sit vxori viduæ, an extendatur ad lectulum pretiosum & stramenta serica?* glossa *in dict. l.5.* tenet cum Baldo *in l.voluntas, Cod. de fideicommiss.* Ang. *in l.planum*, §.*equitium*, *ff. de vsu.& habit.* quod tale legatum intelligatur de eo lectulo quod conuenit viduæ lugubri, tristi & luctuosæ; non autem de lectulo qui magis deceret sponsam quàm viduam; quod tenet contra Bartol. *in l.librorum*, §.*fin. ff.de legat.3.* sed Palacios Rub. meliùs componit hanc quæstionem *dict.§.11. num.9.* scilicet, quòd hoc relinquatur iudicis arbitrio: quod quidem arbitrium versabitur in circunspectione qualitatis viri emortui, & viduæ superstitis, inque patrimonio, & eiusdem facultate: ex eo enim iudicabitur lectulus pretiosus, aut vilis, & stramenta item.

Hactenus diximus de impensis funeris, quid eo nomine contineatur, quas-
42 que vestes habitura sit vxor, quæ summa in funere, quæ quantitas in sepulchro, tum legibus, tum moribus: si verò ipsa vxor mortua sit, vetus Iureconsultorum quæstio est, ad quem pertineat funeris sumptus? in quo nostri quoque variarunt, siquidem Bald. *in l. quod in vxorem*, *Cod. de negotiis gestis*, & alij ipsum secuti ibi, ex dote funerandam esse aiunt. Franciscus de Aretio aliud arbitratur ibidem, quorum perplexitas periculosa est inquirentibus veritatem, non ei qui id duntaxat inquirit, quod vtile cuiquam est. Adeoque apertè in hoc Iureconsulti locuti sunt, vt nec vberiùs nec expeditiùs quicquam tradi possit, Doctores nostri hoc attigere, sed meliùs Iureconsulti, & in primis Vlpianus regulam tradit, scilicet, mulieres de dotibus suis esse funerandas, ac id onus funeris ad eum censet pertinere, qui dotem vel iuris beneficio, vel pacto, vel consuetudine lucratur, *l.in eum*, *ff.de religios. & sumptib.funer. In eum*, inquit Vlpianus, *ad quem dotis nomine quid peruenit*, *dat Prætor funerariam actionem: æquissimum enim visum est veteribus, mulieres quasi de*

de patrimoniis suis, ita de dotibus funerari, & eum qui morte mulieris dotem lucratur in funus conferre debere, siue pater mulieris sit, siue maritus. Hæc Vlpianus, cuius responso nihil est clarius, siquidem, vt Iulianus ait, impensa funeris æs alienum dotis est, *l. impensa, ff. de relig. & sumptib. funer.* ideoque Vlpianus inquit, *dos sentire hoc æs alienum debet, l. ideoque, ff. eod.* quod magistraliter tractat, vt solet omnia Papinianus, dicens actionem funerariæ impensæ rectâ viâ dirigi in eum penes quem dos sit, etiamsi ex postfacto restituenda sit ab eodem; ita tamen vt is qui restituit, *l. sed si nondum, ff. eod. Sed si nondum,* inquit, *pater dotem recuperauit, vir solum conuenietur reputaturus patri, quod eo nomine præstiterit.* Ex quo iure, quod apertissimum est, ad funus & funeris sumptus cogendus & conueniendus est is penes quem dos est, etiamsi ipse restituturus sit, qui postea in restitutione reputauit huiusmodi sumptus; nec de 43
hac re clarius quicquam tradi potest, quàm Iureconsulti tradunt, quibuscum si ex iure ageremus, nihil Bartoli, nihil Iasonis, nihil aliorum labore indigeremus; sed ita malo quodam fato animati sumus, vt priùs ad alphabetarias tabellas oculos coniiciamus, quàm ad Iureconsultorum responsa manus admoueantur. Tum demùm ad Iureconsultos imus, cùm perditæ & desperatæ res nostræ sunt, ex quo perplexitas, obscuritas, & quædam veluti cæcitas mentem obnubilat, & plusquam cymeriis tenebris obscurat. Quodque vno verbo à Iureconsultis accipimus, ab Interpretibus vix numerosis voluminibus peruolutis extorquemus: non tamen abhorremus iuris Interpretes, hoc enim nomine abhorrendi essent ipsimet Iureconsulti; nec reiiciendos esse arbitramur, quod faciunt iniquè plures nostra ætate: eorum authoritatem in rebus dubiis & obscuris inquirendam censemus; cordatè tamen & in omni quæstione, quæ proponatur, eundum potiùs ad fontes esse, quàm istos riuulos sectandos rectius semper duxi, ac vtinam apud nos in instituenda iuuentute Iureconsulti in eo duntaxat totos dies, notasque noctes nobis contererent, nihil aliud sæpè nobis audientibus toto mense; nisi numerosa Doctorum multitudo referatur, qui membranas totas implent: postremò cùm iuris scientissimi videri poteramus, præter meras nugas nihil aliud domum reuersi afferimus; dira quidem ingenio Hispano lues, & virus pestilentissimum, quod vtinam vt sæpius prohibetur, semel seuerè extinguatur.

Papinianus igitur eum, penes quem dos est, cogendum censet ad funus, qui in restitutione reputabit quod expenderit, contra Bartol. *in l. qui erant hæredes, ff. famil. ercifcund.* qui *num.* 2. ait officio iudicis compelli posse eum qui 44
succedit in hæreditate, testatorem sepelire, *ex dict. l. qui erat,* quod quidem vniuersim intelligi non potest, sed ex Papiniano ita demùm, si is qui succedit, bona habeat, licèt ex fideicommisso, aut ex alia causa restiturus sit, quia in ipsa restitutione reputabit; & ita intelligitur dicta lex *qui erat,* & patet in textu, quia ille qui compulsus fuit officio iudicis suum testatorem sepelire, bobona testatoris possidebat; seruum enim vendidit hæreditarium, quem habebat, vt patet *in dict. l. qui erat*; & Vlpianus dictum Papiniani extendit, vt maritus qui dotem adhuc tenet, sit conueniendus de sumptibus funeris, vt habeat locum, etiamsi appositum sit pactum, vt maritus partem dotis lucretur, & minimè de totis illa parte in aliquo impensa funeris 45

sufficiat; vt adhuc non obstante pacto illo, vtiliter conueniri possit, & compelli ad funus, & pro expensis funeris, quia is maritus qui soluit, potest postea in restitutione dotis reputare id quod iustè soluerit nomine impensæ funeranæ, *l. Neratius, ff. eod.* ibi: *Si verò alius funerauit, posse eum maritum conuenire.* Quod si maritus totam dotem lucretur de sumptibus, conuenietur in solidum, non verò pater vxoris emortuæ, *dict. l. Neratius*, §. *si maritus, ff. eod.*

46 Rursum alia species prodita est à Iureconsultis, & eleganter tradita, quæ vtilitatem continet: si maritus dotem lucratur, præter dotem autem mulier opulentam hæreditatem reliquerit παράφερνα nempe, pro rata dotis, & hæreditatis mlieris fiet sumptus funeris, *l. Celsus, ff. eod.* ita pro rata conferre maritum, & hæredem oportet in funus emortuæ, aliàs si nulla dos est mulieri quæ indotata traducta sit, tum quidem omnem impensam pater præstat, aut eius hæres, etiamsi nulla bona sint; quia nomen hoc *hæreditas*, iuris nomen est & iuris interpretationem recipit; at verò si nec pater solvendo sit expensas funeris, nec ipsa hæredes habeat, vel quia hæredes non scripserit, vel quia scripti hæredes nomen illud cum hæreditate repudient, maritus in quantum facere poterit, ad funus compelli, & pro expensis funeris conveniri poterit, ne iniuriâ eius videatur quondam vxor inhumata, & insepulta relinqui impiè, & contra vxorias leges, *l. quod si nulla, ff. eod.* cuius verba elegantia sunt: *Quod si nulla*, inquit Papinianus, *sit dos, tum omnem impensam patrem præstare*
47 *debere, Attilicinus ait, aut hæredes eius mulieris, putà emancipatæ, quodsi neque hæredes habeat, neque pater soluendo sit, maritum in quantum facere potest, pro hoc conueniri, ne iniuriâ eius videatur, quondam vxorem eius insepultam relinqui.* Contra vero si pater impensam huiusmodi fecerit, & vir dotem lucratur, ex dote impensas reputabit, *l. contra, ff. eod.* ibi: *Collaturos hæredes, bonorúmue possessores, & patrem proportione dotis quam lucratus est*: quæ sunt plurimùm notanda *ad l. cùm in fundo, ff. de iure dotium*, vbi Tryphonius Iurecon-
48 sultus ex hoc iuris principio, scilicet, quod impensa funeris sequatur eum qui dotem mulieris lucratur, infert ad eam quæstionem, in qua fingimus, quod mulier in fundo mariti habeat vsumfructum, quem doris nomine viro suo dedit: mortua vxore, cùm vir toto tempore matrimonij vsumfructum iure dotali percepisset, iure quodam consolidationis morte vsufruariæ vxoris pleno iure fundum habere cœpit; quæsitum est, an quia iuris quondam beneficio dos, nempe vsusfructus, ad virum pervenisset, is ad impensas funeris teneretur? & respondet Tryphonius, non teneri eum, quia nihil nomine dotis lucratus est vir. Illa enim consolidatio aliàs facienda erat morte ipsius mulieris vsufructuariæ, etiamsi vir eam mulierem nunquam duxisset, Verba ipsius sunt, *Quod si in matrimonio discessit vxor, nihil emolumenti ob dotem habere videtur maritus: quia & si vxorem eam non duxisset, tamen fructuaria morte finitus vsusfructus ad proprietatem rediret, ideoque neque in funus conferet mulieris.* hæc Tryphonius; quæ decisio alia quoque elegantia decidit, quorum inferius, cum de computatione meliorationum & fructuum egerimus in materia de fructibus computandis cum meliorationibus, agendum nobis est. Adducitur enim dicta lex *in fundo*, ad eam quæstionem, quam primus & solus attigit Dominus Franciscus Sarmiento *lib. 3. Selectarum interpret. cap.* 10. an maritus solu-

to

to matrimonio teneatur restituere annuos redditus, quos constante matrimonio, percepit, quando dos in annuis redditibus constituta est? In qua quæstione dicta lex *in fundo* egregia est, & facit ad nostram tractationem; & est in proposita quæstione elegans textus *in l. filiofam. togam. ff. de in rem verso*, ibi: *Funus enim filij æs alienum patris est.*

Quod quidem sanè intelligendum est secundum ea quæ superiùs diximus, vt scilicet tum demum pater teneatur si ad ipsum bona filij pertinuerint, ex suprà adductis, quod si pars bonorum patri cedat, pro parte funeris impensas erogabit & æs alienum, est enim funus ex his quæ diximus. Ex quibus omnibus est declaratio *ad l. quod in vxorem, Cod. de neg. gest.* in secunda parte, vbi de funeris impensa erogata in vxorem à marito Imperator rogatus, respondet ad eam teneri patrem, quia ad eum dos peruenit, ibi *In funus sanè eius si quid eo nomine quasi recepturus erogasti, patrem ad quem dos redit iure conuenis.* Vbi Baldus expresse post Bart. & reliquos id tenet, neque quicquam facit ibi verbum *quasi*, ex traditis Iureconsultorum regulis, quibus definitum est, quemque de suo sepeliendum, atque ea iuris regula est, nisi alius probet apertam voluntatem huiusmodi expensas remittentis. Rarò enim præsumimus huiusmodi donationes ex his quæ sæpius diximus: ex quibus hodie is ad quem pertinuerit dos vxoris, funus efficiet, immò si ad plures, omnes pro rata tenebuntur, & proportionibus, *dict. l. Cessus, dict. l. veluti, ff. eod.* 49

Ex quo, si vxor patrem habeat hodie, & iuris nostri Hispani dispositione marito tertiam bonorum partem relinquat, quod potest *l. 6. Tauri*, secundùm iuris dispositionem ad vtrumq; funeris impensa pro rata bonorum pertinebit; pater duas partes, maritus tertiam præstabit ad funus, quia verè in hoc casu, si quis cordatè nostra iura expenderit, nihil contra ius antiquum dispositum reperiet; cùm enim de quinta parte, quam parentes extraneis beneficio iuris nostri relinquere possunt, sepeliendum parentem iura nostra constituerint, *l. 30. Tauri*, tamen de tertio, quod filius, vel pie, vel profanè relinquere potest, & parentibus arripere, nihil tale constitutum est, vnde recurrendum est ad iuris dispositionem Cæsarei, vt pro portionibus teneantur qui vxoris bona lucrantur. Lex enim Hispana, qua ratione vberiùs consuluit filio vt tertium relinqueret; parcus parenti, vt non nisi quintum; ea ratione quoque ex quinto funus deduci voluit, ex tertio non item: quæ ratio desumenda est *ex l. scripto, ff. vnde liberi*, & *l. nam & si parentibus, ff. de inoffic. testament.* & quamvis doctissimus Covarr. *in cap. Raynaldus, num. 2. ad medium*, §. 3. & Tellius *in l. 30. Tauri, num. 6.* de tertio dicant deducendum funus, sicuti de quinto; id tamen obiter aliud agendo, difficultate prætermissa dixerunt, quos non dubito in contrariam sententiam ituros, si paulò morati ex professo rem illam tractassent: neque nouum est Iureconsultos sæpè, in quibus obiter obiter versantur aliud agendo, non semel à vero aberrasse; quod ne nouum videatur tradit Alciatus *lib. 4. Pererg. cap. 17.* & eo nomine excusatur Modestinus *in l. nonnunquam, ff. de cond. & demonstr.* Quin etiam Castellus Hispanus sentiens difficultatem *in l. 30.* tenet nostram sententiam, se ipsum corrigens, qui *in l. 6.* contrarium tenuerat, expendendo verba dictæ legis 6. ibi: *O hazer qualquiera vltima voluntad por su alma*; quod erat debilissimum argumentum, vt paret ex 50

ipsa litera & ex natura disiunctiuæ, *l. si hæredi plures, ff. de conditionib. instit. l. illud aut illud, ff. de constitut. pecunia*, Deniq. Palac. Rub. qui adfuit legibus illis condendis, vt ipse refert *in rub.* §. 44. *num.* 3. certò tenet non esse compressam nostram speciem *in l.* 30. *Tauri*, nec deducendum funus ex tertio: quærenti autem vnde subrogandum sit illud, visum est, de toto patrimonio, atque adeò proportionibus potuit adducere dictam legem *Celsus*, & legem *veluti*, quæ in cæteris filiis, quibus testamenti factio licita est, obseruandæ sunt, vt pater & extraneus expensas præstent funeris; funus enim æs alienum est, ideóque in nihilo læditur pater, cùm minuat legitimas filiorum, vt diximus quando quintum non sufficit; nimirum si proportionem parentum minuat, quæ non debetur parentibus sicuti filiis, *dict. l. scripto, d. l. nam & si parentibus*, vbi suprà.

51 De religione autem sepulchrorum aliud olim, aliud hodie ius est; fiebat enim religiosum sepulchrum, ipsúmque sepulchri opus & locus simulatque mortuus inferebatur, *l.2.ff.eod.* Accipimus autem quod locus ille sit religiosus, id est, separatus à communione populi, & quasi secrêstatus à commercio plebis, & relectus: ita interpretatur Cicero *lib.1. de Natura Deorum*, qui inquit, omnia quæ ad cultum Deorum pertinerent, diligenter pertractari; & quasi relegerent sunt dicti religiosi à relegendo, & ita locus ille in quo sepultus mortuus est, qui est nobis propter quandam veluti sanctitatem remotus, sepositus, & separatus, religiosum vocarunt veteres; quódque circa illa loca metus sit: vnde sicuti & religiosa loca, ita quoque & meticulosa loca, quæ cadaueribus plena sunt, vocamus. Religio metum secum habet & timorem. Virgilius *Æneid.* 8. *Iam tum religio pauidos terrebat agrestes dira loci.* Connexa sunt timor & religiosos quoque fecerunt dies, id est timoris plenissimos; vocamus nos *aziagos*. Liuius *lib.6. in principio*: [Hi, inquit, ex interregno, cùm ex templo magistratum inissent, nulla de re priùs quàm de religionibus Senatum consuluere: in primis fœdera ac leges. Erant autem æreæ duodecim Tabulæ, & quædam regiæ leges conquiri & comparari iusserunt, alia ex eis edita etiam in vulgus; quæ autem ad sacra pertinebant à Pontificibus maximè, vt religione obstrictos haberent multitudinis animos, suppressa. Tum de diebus religiosis agitari cœptum, diem, à D. x v. Kalendas Septilis duplici clade insignem quo die ad Cremeram Fabij Cæsi, quo deinde ad aliam cum exitio vrbis fœdè pugnatum à posteriori clade Aliensem appellarunt, insignémque rei nulli publicè vel priuatim agendæ fecerunt, & hi dies erant religiosi, & religiosa suberant loca, id est relicta, & seposita, & quasi separata simul, ad quæ mortuus inferebatur, & amplius in hominum commercio non erant.]

Hodie tamen iure nostro Pontificali locus ille religiosus non fit, nisi Episcopi accedat authoritas, & locus destinatus sit vt mortuus inferatur, *l. ad hæc, de relig. domibus*, Innocentius, & Abbas, & deinde reliqui *in cap. abolendæ, de sepulturis*, Felinus, & post eum Decius *in cap. quartò, de iudiciis*; vnde nisi ab Episcopo sit destinatus locus, vendi poterit, Felinus *dict. cap. quantò, num.* 4. contra Ioannem Fabrum *in §. religiosum, Instit. de rerum diuisione.* Gregorius Lopez *in l.1. tit.13. part.1. verbo Vender*; & contra alios quos refert Ludouicus Molina *primog. Hispanor. lib.1. cap.24. num.39.* qui *num.40.* subdit, quòd

postquam

postquam sepulchrum authoritate Episcopi constructum est, vendi vel pignorari non potest, *c. Questa, c. postquam*, 13. *q.*2. *d.l.*1. *tit.*13. *part.*1. vbi Gregor. meritò impudentissimum eorum consilium reprehendit, qui sepulturas numeratâ pecuniâ vendunt, simoniacásque huiusmodi portiones ait; quod est verissimum.

Quatenus autem de sepulturis & iura sepulchrorum iudex laicus cognoscere possit, quoniam ad nos nihil pertinet. Vide Felinum *in dict. cap. quantò, de iudiciis num.* 5.

Vnde laicus nec dominium, nec possessionem habet sepulchri, sed vsum. Doctores *in dict. cap quantò.* Abbas *in dict. cap. abolendæ*, Lambertinus *lib.* 3. *de iurepatronatus*, *quæst.*9. *art.*9. *num.*2. Vnde in sepulchro meo non potest alter me inuito sepeliri. Archidiac. *in cap. præcipiemi*, 12.*q.*2. Ancharanus *cons.* 113. Lambertinus vbi suprà, *lib.*3.*q.*5.*art.*4. *num.*1. Rochus *eod. verb. in Ecclesia*, *quæst.*6.*num.* 17. Petrus de Perusio *de quarta canonica*, *vers. secundo quæritur*, *l.*2. §. *vsumfructum*, *ff. eod.* Antonius de Butrio *in dict.cap.abolendæ*, nisi ex magna causa, putà pestis. Abb. & Decius *dict. cap. quantò*. Antonius *dict. cap. abolendæ.* Quo factum est apud nos his diebus, quibus tota Gallecia exitiali morbo epidemiæ laborat, vt ob multitudinem morientium nulla ratio sepulchrorum habita sit nec vlli auditi questus de sepulturis; molliter enim apud Grobes recepta, involucris lanarum à Cantabris ad nos adductis adeò miserè ingruit, vt ferè toto decennio Galleciam ad internecionem vsque vastarit, & extinxerit miserè, fugiente aliò atque aliò semper Senatu nostro. Coruna enim, quæ vrbs (quantùm ex antiquioribus coniectari licet authoribus) antiquis ignota fuit, à Nerio enim promontorio, vulgò *Finis terræ*, ad Austres versus Septentrionem, nulla vrbs clarior apud Strabonem, Plinium, & Pomponium refertur. Dicta autem est Coruna, à columna marmorea, quæ est erecta postremum littus, vulgo, *Castillo viejo*; antiqui enim turres speculatorias illas consueuerunt erigere ad littus, quas à forma columnæ columnas vocarunt, in quibus accenso noctu igne facilior esset appulsus nauigantibus; quales apud Rheginos ad Pelorum, & in Corinthiaco Isthmo, & ad Gades Strabo fuisse asserit *libr.* 3. his verbis: [Veteribus enim hic mos fuit huius generis confinia ponere, quemadmodum Rhegini columnam, turrim quandam exilem, super freto locauerunt, & huic columnæ turris, quam *Pelori* nuncupant. Et rursum, in ipso Corinthiaco Isthmo columnam quandam locatam fuisse, & rursum priores illos fabricatis manu funibus vsos esse, aut altaribus, aut turribus, aut columnis, apud locos, ad quorum vltima viri illustres peruenerunt.] Hæc Strabo. Corrupto autem nomine, pro columna, Coruna dici cœpit, creuítque ex ruina veteris oppiduli, vulgò dicti *Burgo*, quod fuit ad ostia fluminis, quod ab eo oppidulo *Burgo* quoque dictum est. Corunâ igitur profectus Senatus noster anno sexagesimo nono, quo iam malum illud irrepserat, quia Compostellam quoque inuaserat, Antiensem vrbem mense Augusto peruenit, ibique ferè Biennio commoratus, quo tempore nobiliores huius regni vrbes ciuium internecione deuastatæ sunt, Coruna, Compostella, & Ponteuedra, patria mihi carissima, quam ego Helenem antiquam esse suspicor; satis enim constat duos Teucri socios, Helem, & Amphilocum

in

in Galleciam venisse, duásque vrbes ex nominibus suis erexisse proximas & vicinas Tydæ quam Diomedes ad ostia Minij ex nomine Tydei patris sui erexerat, (vocat Strabo Castellum Tydei, vulgò *Tui*:) has vrbes (quantum coniicior) hodie ex fœminarum Græco adhuc capitis cooperimento Ponteuedram & Bayonam vicinas Tyde, & solas moribus, lingua, cultuque persimiles, non leui coniectura esse aio. Inuasit quoque id malum Noiam, omnium quæ in Gallecia sunt antiquissimam vrbem, (& si famæ credimus,) tempore Noë erectam, Betancos eo morbo, simúlque incredibili quodam incendio consumptis igne ferè quingentis ædibus, nocte intempesta, ferè euersa est. Ignobiliores pagi, obscurioraque oppidula, rusticæque villæ, mortuis ciuibus, aliis fugâ (quæ vna salutare remedium erat) salutem quærentibus, relinquuntur iacentibus per syluas & montes passim cadaueribus inhumatis: aliò aliud prouidente Senatu nostro. Sed dira illa lues, nullo quantumvis salutari cōsilio extingui potuit. Inuaserat iam Ripam Auiæ malum, Senatuíque mirabatur vicino, quo tempore iam Cornua refrigescebat, ne præcluderetur via Senatum adituris. Cornuam Senatus mense Iulio, anno septuagesimo-primo reuersus est, relicta Auriensi vrbe, quæ vix Senatu nostro egressio, pestilenti morbo miserrimè laborauit, quo tempore quoque Lucus Augusti (vulgò *Lugo*) id malum passus est. Durauit in his vrbibus ea lues anno ferè, quo elapso cùm sanitatem omnes sibi pollicerentur, ecce nihil minùs sibi cauentem Senatum Corunæ, in media vrbe repertis glandulis exitialibus, atque ex his propere surreptis aliquot ciuibus malum illud quasi cœlitus immissum nullo authore compulit eum secundò aufugere, qui Compostellam reuersus est mense Octobri, anno septuagesimo-tertio vnâ inter Galleciæ omnes vrbes, Tyde hodie adhuc incolumi, siue Dei singulari beneficio, siue soli cœlíque indulgentia, & salutari temperamento, quo vna illa vrbs inter cæteras maximè commendatur. Euasimus quietè annum septuagesimum-quartum; proximo verò qui secutus est anno, relicta Scilla, incidimus in vastam Carybdim, incredibili frumenti caritate, miseráque fame laborauimus. Rustici relictis domibus gregatim ad vrbes confluunt. Compostellæ hodie pauperes ostiarij censi sunt duo mille & ducenti: diuiduntur inter ciues alendi: hic rerum nostrarum hodie status est, miser, & calamitosus. De sepulchris igitur nemo auditus, propter pestem, ex Abb. & Decio, & Antonio *vbi suprà*. Est igitur nobis ius sepeliendi, quod cedi, & legari potest quo diximus modo *ad. l. sepulchrum*, & *ad l. monumenta, C. de legatis*, cum vniuersitate bonorum: vsus hic sepeliendi titulo venditionis ad emptorem transit, Rochus vbi suprà *q. 3. num.* 17. Lambertinus *lib.* 1. *part.* 2. *q.* 5. *art.* 12. *&* 17.

Adeóque verum est non possidere laicos sepulturas, etiamsi earum habeant vsum, vt in eis inuitis Episcopis non possint ponere sedilia (vulgò *Estrados*,) Lambertinus vbi suprà, *part.* 1. *q.* 11. *art.* 15. *fol.* 100. Abb. & alij *in cap. abolenda, de sepulturis*, Rochus vbi suprà *q.* 7. *num.* 17. non licet enim sedilia illa ponere sine facultate Episcopi, sedere verò in sepulturis suis, ex illo vsu & iure vtendi prohiberi non possunt, ex his quæ diximus.

Nec nobilis vir aut fœmina quemquam spoliabit hoc vsu sedendi super sepulturam suam, quod facere assolent superbè nobiles, vt honorabiliùs sedeant:

permitten

permittendum autem ipsis non est, siquidem nobilis defenditur in honorabiliori loco, si ibi sedere consueuit, non aliter, Ioannes Fab. *in §. aliam, Instit. de bonorum possess.* super glossa *verbo Altiori loco.* Gerardus de Petra Sancta *singul.* 33. Iacob. de Guarineis *notabili* 240. in quo officio succurritur iudicis, tam nobili, quàm ei qui sepulturam habet, quia actionem non habent, ex glossa *in dict. §. aliam*, & Fabro ibi; & potest vterque honorabiliorem locum suum defendere ab inuasore, quo occiso, aut grauiter læso, non puniuntur pœnâ ordinariâ, ex eodem Gerardo vbi suprà Boërius *in additione ad Benedictum de Plumbinis, in l. iusta, ff. de manumissis vindicta:* quia si pro re, vt eam defendas, licet offendere, multò fortiùs licebit pro honore, argumento *iusta*, & glossa ibi, & *Iulianus ff. si quis omissa causa testamenti.* Plura in proposito scripsit Antonius Cordubæ de Lara *in principio legis si quis à liberis, ff. de liberis agnoscendis num.* 23. *ad num.* 32. vbi plura eleganter & copiosè de nobiliori loco, & quantùm debeantur nobiliori.

Summus autem Pontifex & Episcopi, prælatíque, quibus expensis sint sepeliendi, & funerandi, vide semper elegantem quæstionem Abbatis, tertiam inter quæstiones Abbatis, cui si addideris Paulum de Castro *in d. l. 1. §. de impensa, ff. ad legem Falcid.* nihil ampliùs deerit ad perfectam cognitionem.

CAPVT IX.

De sumptibus qui consequuntur funus, hoc est, de luctuosa, & abbadia.

Notabilia ex cap. sequenti.

1 *Luctuosa & abbadia, ex diuersa iuris ratione apud nos distinguuntur.*

2 *Luctuosa præstatio odiosa est, semper præsuminus in ea metum & coactionem,* & numero 3.

4 *Decanus & Archidiaconus habent ordinariam iurisdictionem, & dicitur Archipresbyter Decanus,* num. 5. *& Plebanus, & Ruralis, & de eius officio & potestate*, num. 6. *& à quo in his luctuosis est duplex præsumptio, ex qua odiose censeri possunt*, num. 7.

8 *Necessaria est dominis exercentibus iurisdictionem probatio possessionis immemorialis, vt pleno iure obtinere possint luctuosas, eaque debet probari exactissimè.*

9 *Testis qui de immemoriali attestaturus est, cuius ætatis esse debeat, & quid attestaturi sint circa ea quæ audierint à maioribus suis.* num. 10. *in materia, quæ non est odiosa, non requiritur exactissima probatio immemorialis*, num. 11.

12 *In antiquis fama probat, & opinio communis habetur pro veritate*, num. 13. *& debent esse testes probi*, num. 14. *& vbi lex requirit testes boni nominis, probatio necessaria est,* num. 15.

16 *Probata immemoriali cum circumstantiis suis non est necessaria tituli allegatio, & immemorialis est titulus vndequaque legitimus*, numero 17. *& habet vim legis*, *num*.18. *& potest tantùm quantùm Imperator cum causa*, numero 19. *& habet vim priuilegij*, numero 20. *& præsumptio quæ resultat ex immemoriali, dicitur iuris, & de iure*, num. 21. *nec curamus de bona vel mala fide*, num. 22. *& probata immemoriali non præsumitur vis, neque dolus*, num. 23.

24 *Ad probationem immemorialis possessionis probandum est memoriam non extare contrarij facti; vnde si memoria facti contrarij extet, corruit probatio*, num.25.

26 *Si luctuosa præstatio non fuerit semper vniformis, corruit probatio, adeò vt neque iuuet in possessione*, num.27. *& tota corruit*, num.28.

29 *Difficillimè probatur immemorialis possessio, & magis creditur duobus asserentibus, quàm mille negantibus*. num.30.

31 *Si contrarium reperiatur factum vltra centum annos, corruit immemorialis, & potest testificari de his quæ vidit ante pubertatem*, num.32. *& cùm requiritur probatio immemorialis, non curamus de possessione centum annorum*, num. 33. *factum antiquum est quod contingit abhinc centum annos, & eò ampliùs*, num.34.

35 *In hac materia possessio debet esse sine coactione vlla, & dominis incumbit onus probandi quod vassalli sponte soluerint*. num. 36. *si domini arrestabant, constat præsumptio violenta*, num.37.

38 *Præscriptio stricti iuris est, & non extenditur, & quando præscribitur, ius reale extenditur de persona ad personam*, num. 39. *& quando de vno actu ad alium possit extendi præscriptio*, num. 40. *vbi præscribitur ius personale, non extenditur præscriptio* num.41. *& limitatur*, numero 42.

43 *Consuetudo & præscriptio distinguuntur, & consuetudo requirit binum actum*. num.44. *& an binus ille actus debeat esse iudicialis*. num.45. *& de* lege 5. tit.2. part. 1. num.46.

47 *Præscriptio vnico actu sustinetur, si actus sit permanens; quod si actus sint momentanei, requiritur frequentia actuum*. n.48. *& an præscriptio extendatur ab his, qui luctuosas præstarunt, ad eos qui non præstarunt*. n.49. *& in hac præscriptione tot actus requirimus, qui possint inducere populi consensũ*. n.50.

51 *Vassalli censetur qui dicantur, & quod nihil referat quod sint solariegi, & quis dicatur vassallus solariegus*. num. 52. *vocant alij homines demansata*. num.53. *quicquid acquirit homo de manso, domino cedit*. num. 54. *ab his dominus præter censum conuentum nihil expectare debet: & de* lege 2.tit.3. lib.6. *Ordinationum*. num. 55. *ad alia præter censum conuentum indigent immemoriali*. num.56. *& clausula in fine posita determinat omnia in quibus eadem ratio*. num.57.

58 *Præstatio facta triginta annis præscriptionem inducit: in hac luctuosarum materia nihil distinguimus inter vassallos solariegos, & reliquos*. num.59. *quomodo vassallus decedat à manso*. num.60. *acquisita vassallo quomodo cedant domino*. num.61.

62 *In traditione rei suæ potest quis apponere leges quas velit, & pœna conuentionalis*

tionalis apud suprema tribunalia non exigitur. num. 63. *agitur de lege 68. Tauri, contra Couarruuiam,* num.64. *quanta debeat esse pœna conuentionalis, difficilimum.* num.65.

66 *Si pœna adiiciatur obligationi quantitatis, facilè præsumimus vsuram: & de* lege 34. tit.2. partit.5. & l.fin. tit.2. part.6. *suprema tribunalia rarò admittunt pœnam conuentionalem vltra id quod verè interest.* num. 67. *suprema tribunalia debent accipere legem & iura in casu quo loquuntur, aut consulant Principem.* num.68.

69 *Rex Hispaniæ non recognoscit superiorem, & iam olim Gothi nihil acceperunt à Romanis; adducitur lex Gothorum,* num.70. *non licet apertam legem aliò retorquere.* num. 71.

72 *Dicta lex 68. Tauri ex parte correcta est in censu frumentario; & potest lex reducere census frumentarios ad census pecuniarios,* num.73. *ratio condendæ nouæ pragmaticæ* de los censos, *in hoc regno Galleciæ.* num. 74. *noua pragmatica* de los censos *adducitur.* num.75. *& agitur de ipsa.* num. 76.

77 *Si semel rusticus beneficio legis nouæ vsus pecuniam pro fructu soluerit, fructus iterum soluere inuito emptore censûs non potest; hodie lege illa iustum pretium census frumentarij perpetui est ad rationem vnius pro viginti.* num.78. *Iustum pretium fundi videtur esse quantum viginti annis fructus prædij deductis expensis effecerint.* num.79. *& lege hac noua apud Gallecos constitutum est pretium iustum census frumentarij redimibilis.* num. 80. *non verò constituitur iustum pretium census pecuniarij.* num. 81. *& in actione legis huius non veniunt fructus vt cesserunt ante litis contestationem.* num.82. *in causis summariis, & executiuis quæ sit litis contestatio.* num.83.

84 *Abbadia quid sit, & quòd non habeat præsumptionem violentiæ.* num. 85. *& aliquot quæstiones de Abbadia.* num.86. *in legato vestium veniunt affixa & appensa vestibus.* num.87. *& quando Abbadia sit odiosa.*

90 *Consilium Lateranense quo tempore fuerit. Laici licèt ius decimarum habere non possint, fructus habere possunt.* num.91. *nobiles Galleciæ iustè obtinent decimas ex concessione ante Lateranense Concilium.* num.92. *& dicuntur beneficia patrimonialia.* num.93. *anno millesimo tricentesimo nonagesimo fuit latum arrestum pro nobilibus Gallecis,* num. 94. *& rursum anno millesimo quadringentesimo secundo.* num.95. *inducitur decisio Concilij Tridentini pro nobilibus.* num.96. *ista beneficia patrimonialia venduntur, & dantur in dotem, & diuiduntur cum hæreditate.* num. 97. *Rex noster Philippus potest alienare tertias quas habet ex priuilegio.* num. 98. *immò istæ decimæ non possunt collectari.* num. 99. *& manus Episcopi non extenduntur ad has decimas. num.*100.

SVNT autem alij sumptus, quos luunt hæredes ex hæreditate, qui licèt non sint sumptus funeris, funus tamen ipsum consequuntur, & rectiùs in ratione æris alieni numerantur. De quibus in hoc nostro Senatu frequens disputatio est, & decisio ferè quotidiana. Inueterata enim consuetudine in hoc Regno pluribus in locis receptum est, vt si alter ex coniugibus decedat, Dominus locorum qui iurisdi-

ctionem exercent, lectulus, vestis, bos, equusve, aut arca quadrupes solvatur. Alibique receptum est, vt Rectori parochiali huiusmodi res quoque soluantur. Alibi etiam Episcopis, Decanis, & Archidiaconis è bonis parochorum, vel clericorum inferiorum emorientium istiusmodi res soluantur. Varia denique est in hoc Regno consuetudo: hæc verò omnia quæ soluuntur ex emortui bonis, siue bos, siue equa, siue bestia, aut mula, Forensis huiusmodi seruitia vel impositiones duplici nomine distinxit, ex duplici ratione iuris quæ in his præstationibus inuenta est. Onera enim huiusmodi, aut luctuosas, aut abbadias vocat, quæ duæ voces plurimùm apud nos distant; longéque alia ratio iuris in luctuosis, quàm in his quas abbadias vocamus, inuenta est, vnde diuerso iure in hoc Senatu censentur; luctuosa est onus illud luctuosum quod soluitur dominis, è bonis vassalli
2 emortui inueterata consuetudine solutum, vestis scilicet, bos, aut mula, vel equus. Quod quidem onus quod nos nostro nomine vocamus luctuosam, frequentiùs soluitur Dominis locorum in his locis iurisdictionem exercentibus. Atque hæc odiosa est, satísque ipso suo nomine odium meretur, in quibus luctuosis tanquam odiosis seruitiis, sicuti & in reliquis oneribus, quæ impositiones vocantur, semper in promptu est, præsumptio illa, de qua Panormitanus, Ioannes Andreas, Hostiensis & alij, *in cap. quod latenter, de reg. iuris.*
3 In huiusmodi enim præstationibus adeò insolitis potiùs præsumimus coactionem & metum, & tyrannidem, quàm voluntariam liberalitatem, aut spontaneam sponsionem. Quod tradunt Innocentius *in cap. bonæ, l. 2. de postulat. Prælator.* idem *in capit. si diligenti, de præscriptionibus.* Ioan. Faber *in §. æquè si agat. Institutis de actionibus, quæst.* 3. Bald. *in cap.* 1. *§. pactiones, de pace Constantiæ in vsibus feudorum.* Andreas de Isernia *in cap.* 1. *§. fin. de pace iuramento firmanda*, Abbas *in d. cap. si diligenti*, Ioannes Andreas *in cap.* 1. *de præscriptionib. lib.* 6. Iason *in §. quadrupli, Instit. de actionib.* Paris. de Puteo *in tractat. Syndicatus, part. officiales si concussionem.* Guido Papa *cons.* 1. *num.* 8. Gregor. Lopez *in l.* 6. *tit.* 25. *part.* 4. Couarr. *in Regul. possessor.* 2. *part.* §. 4. *num.* 1. *& seq.* Auendañus *de exequendis mandatis Reg. Hispan.* 2. *part. cap.* 4. de qua præsumptione est textus *in cap. nullus, §. vltimo.* 1. *q.* 1. ibi: *Nullus Episcopus grauamen seu seruile seruitium ex vsu contra ecclesiasticam normam Abbatibus, seu Clericis suis imponat.* Textus *in cap. quia cognouimus*, 10. *q.* 3. ibi: *Qui exactiones diœcesi suæ, vel damna infligunt*: & ibi: *ideo censemus vt alia, quæ illis hucusque præsumpta sunt, denegentur.* Facit textus *in l. fin. §. iusto, ff. de eo quod metus causâ*: alia duo iura allegantur, *l.* 1. *C. ne liceat potentioribus, l.* 1. *&* 3. *ff. de alienat. iudicij mut. caus. facti.* Ex quibus importunam præsumimus & tyrannicam potentiorum vim & potestatem in huiusmodi luctuosis & seruitiis quæ præstantur dominis habentibus iurisdictionem in eodem loco, siue ecclesiasticis, siue secularibus, *ex dict. cap. nullus, &c. quia cognouimus, ex dict. reg. quod latenter*; & per receptam ibi sententiam, semper si nihil aliud proponatur, præsumitur coacta voluntas vassallorum, magísque intelligimus metum & vim quàm liberam & spontaneam voluntatem; huiusmodi enim luctuosæ, siue dominis soluantur laicis, siue ecclesiasticis, si iurisdictionem exerceant, qui eas percipiunt, in eos à quibus percipiuntur, odiosæ sunt, nullásque retinent

causas

causas fauoris. Idque etiam de illis intelligendum est, quas Decani, vel Archidiaconi percipiunt à clericis suis, quales in Ecclesia Compostellana hodie percipiuntur à Decano, & Archidiaconis. Namque in his par præsumptio est: quia iurisdictionem exercent ordinariam, *cap.* 1. *de officio Archidiaconi*, ibi, *Et omnem curam in clero ad se pertinere, siue de eorum conuersatione, siue honore,* Et ibi, *Vt de tertio in tertium annum si Episcopus non potest, parochiam vniuersam circumeat, & cuncta quæ emendatione indigent, vice sui Episcopi corrigat & emendet.* Archidiaconus in omnibus est vicarius Episcopi, habet curam in clero, tam in vrbe, quàm in parochiis. Denique, vt dicit Innocentius *in dict. capit* 1. semota alia præscriptione exercet omnia de quibus in toto titulo de officio Archidiaconi. In quo tamen ex eodem Innocentio multùm aduertendum est ad consuetudinem, in his quæ Decani, vel Archidiaconi, & Præpositi possunt facere. In officiis enim præualent consuetudines obseruatæ in Ecclesiis, *cap. cùm olim, de consuetudine.* Quæ consuetudines ferè tot sunt, quot sunt Ecclesiæ. De iurisdictione Archidiaconi multa Ioannes Andreas *in Nouella in capit. officium, de officio Archidiaconi*, Audit iurgia clericorum, 15. *distinctione, cap. perlectis*, pœnas infligit, *c. licèt, de pœnis*, priuat beneficiis, *de præbendis cap. referente.* Item excommunicat: tenet Ioannes Andreas, & Innocentius *in cap. Archidiaconus, de officio Archidiaconi*; vbi dicunt quod ius commune est, vt ipse & alij Prælati iurisdictionem habentes ab Episcopis, ex collatione vel confirmatione officiorum, vel dignitatum, ad quas assumuntur, sint iudices ordinarij, & quod possint excommunicare, 11. *q.* 3. *cap. nullus.* Et quod dicitur *in cap. Archidiaconus, eod.* quod non possint excommunicare, secundùm antiqua instituta intelligit: posteà verò & iure & consuetudine præscripta facultas excommunicandi, concessa quoque est, glossa Abb. & Doctor. *in cap. Archidiaconus, de officio Archidiaconi.*

Decani etiam, qui Archipresbyteri dicuntur, *in cap. ad hæc, de officio Archidiaconi*, ibi: *Archipresbyteri verò, qui à pluribus Decani nuncupantur, eius iurisdictioni se nouerint subiacere.* Hi iurisdictionem habent. Siue enim in plebe sint & ciuitate, vnde plebani quoque dicuntur *in cap. cum ad Ecclesiarum, de officio ordinarij*; siue ruri, vnde rurales dicuntur, non solùm imperiti vulgi solicitudinem gerunt, verùm etiam Presbyterorum, qui per minores Ecclesias habitant: & vitam ipsorum iugi & continua circumspectione obseruant, & renunciat Episcopo quâ quisque industria officium suum exerceat, *cap. fin. de officio Archipresb.* & ibi glossa, quatenus dicit textus *quod ad Episcopum referat*, intelligit maiora referenda esse: nam de minoribus dicit quod ipse potest decidere, cùm iurisdictionem habet ordinariam. Quam glossam sequuntur omnes, & est textus *in dict. cap. cùm ad Ecclesiarum, de officio ordinarij.* In his ergo Decanis, & Archidiaconis, qui iurisdictionem exercent suam, quia eadem militat ratio, quæ in laicis dominis (omitto Episcopos, quia in his nulla est dubitandi ratio ex regula *capitis quod latenter*, & quæ ibi Doctores, in huiusmodi seruitiis & oneribus, quæ sibi ab inferioribus, siue laicis, siue clericis soluuntur, nomine luctuosæ præsumptio est contra ipsos, & pro clericis quod huiusmodi luctuosas soluerint coacti, non verò animi liberalitate. Itaque respectu horum nullus inest fauor, qui odium extinguat, aut remoueat; im-

mò horum possessio in huiusmodi seruitiis & oneribus, seu luctuosis, quam domini allegant, & est, & præsumitur violenta & iniusta, vt refert Gregorius Lopez *in dict.l.6.* ex Abb. Innocentio, & Isernia. Denique in hoc casu, & in aliis omnibus, similibus duplex reperitur præsumptio; altera quæ vassallos & inferiores, ab his seruitiis liberos & exemptos dictat, quæ pro vassallis est; altera verò qua ius in istis dominis iurisdictionem exercentibus, terrorem & metum, vim & coactionem præsumit, ex his quæ diximus circa dictum caput *quod latenter.* Et ita receptum est, ex his quæ diximus suprà.

8 Ex quo cùm ius ipsum resistat Dominis in huiusmodi seruitiis & oneribus, necessaria est Dominis exercentibus iurisdictionem immemorialis præscriptio, præcipuè vbi de titulo & causa non apparet, *l.8. titul.15. lib.4. Ordination. Regiarum.* Atque hæc immemorialis præscriptio probari debet, & articulus de ea concipi debet exactissimè iuxta formam legis nostræ, quam Carolus inter Reges Hispaniæ huius nominis Primus, inter Augustos verò Quintus tulit Madriti (quæ antiquis fuit Mantua Carpentaneorum) anno millesimo quingentesimo vigesimo octauo, *in cap.20.* Cuius quidem immemorialis præscriptio necessaria est, vt Domini possint perpetuò exigere has luctuosas firmo & perpetuo iure; dum tamen hæc ipsa immemorialis probatio contineat omnes circumstantias suas, iuxta leges Regias quæ de immemoriali probanda constitutæ sunt, *l.1. tit.7. lib.5. Ordinationum Regiarum.* In casu enim vbi ius resistit Dominis & assistit vassallis, exactissima & verissima attestatio necessaria est, & quæ ex omni parte sibi constet, quam à bonis primogenij trahes ad has luctuosas. Ex cuius forma concludendum est per testes, qui ad minus memores esse possint eorum quæ circa huiusmodi exactiones in eo loco, de quo agatur, gesta sunt proximis quadraginta annis. De quo Francus, & Dominicus, & Lapus *in cap.1. de præscriptionib. lib.6.* Aymon *de antiquitate temporis, 4. part. cap. absolutis, num.3.* Chassaneus *in consuetudinibus Burgundiæ, rub.1.§.2. ad fin.* quod *dict.l.1. tit.7. lib.5. Ordin. & l.41. Tauri*, constitutum est. Atque hi testes, quoniam attestaturi sunt de his quæ viderunt proximis quadraginta annis, necessum est vt attingant ad minus annum quinquagesimum & dimidium, vel quinquaginta & vnum, & post decimum & dimidium, vel vndecimum annum supersint quadraginta de quibus deponat & attestetur quæcunque viderit circa exactionem luctuosarum: glossa *in cap.1. de præscriptionibus, lib.6.* Quam ibi Francus, & reliqui tenent: Speculator. *titulo de probationib. §. vltimo*, Bald. *de præscriptionib.* qui plures allegat *2. part. partis tertiæ, quæst.6.* alios refert Doctissimus Couarr. *in regula Possessor, 2. part.§.3. num.6.* Doctores nostri *in l.41. Tauri*, vbi Castillo *verb. Quarenta años.* Molina *de Primogeniis Hispanis lib.2. cap.6. num.40.* vbi verè concludit contra Parisium *cons.27. num.97. lib.1.* & contra Antonium Gabrielem *lib.2. communium opinion. titul. de præscriptione, conclusione 1. num.83.* quod non sit necesse vt testis qui de immemoriali possessione sit attestaturus, expleuerit annos quinquaginta quatuor. Sufficit enim quod attestetur de his quæ perpetuo tenore vidit obseruari, iam inde ab illa ætate, qua doli capax videri potuit, scilicet à decimo anno cum dimidio. Tunc enim doli capacem puerum intelligimus: glossa *in §. in summa, verbo proximus, de vi bonorum raptorum*, & *in*

l.pupillus

l.pupillus, *ff. de regulis iuris*, & *in §. pupillus*, *Institutis de inutilib. stipulat.* & *per l.9. titul.1. part.7.* & *l.17. titul.14. ead.part.* Vide latiùs per eundem Molinam *vbi suprà.* Igitur deponent testes de possessione quadraginta annorum ad minùs vidisse se toto illo tempore quo recordantur solui luctuosas patienter, nunquamque vidisse contrarium fieri, factumque, aut gestum fuisse, audisseque seniores ita quoque asserentes vidisse se, de quo auditu à maioribus est, *l.in summa*, *§.idem Labeo*, *ff. de aqua pluuia arcenda*, ibi: *Neque vtique necesse est superesse qui meminerit, verum esse qui audierint eos, qui memoria tenuerint.* Tandem concludent prædicti testes ita præterea esse famam publicam, & 9
communem opinionem apud eos omnes, qui de ea re cognouerint. Hæc erat iure communi probatio memorialis, atque ex hoc iure nihil necesse erat quod testes deponerent, præter ea quæ vidissent proximis quadraginta annis; quod attinet ad seniores, nisi de auditu, quod audissent maiores suos, ita referentes gestum esse, nec vnquam contrarium gestum, actúmue fuisse, quod ipsi scirent, nihil aliud exigebat ius. Sed iure nostro *ex dict. l.41.* requiritur exactissima probatio, vt scilicet testes deponant, se ita vidisse proximis quadraginta annis, & audisse maiores dicentes se quoque toto suo tempore ita vidisse geri, fieriùe, & audisse antiquiores qui dicerent ita factum fuisse, idque accepisse à senioribus, & audisse qui ita dicerent. Deponet ergo testis in 10
huiusmodi probatione immemoriali, vt nos forensi verbo dicimus, *De las segundas oydas.* Aliàs probatio in hoc casu nullius est momenti, quia iure nostro requiritur probatio exactissima & vndequaque perfecta cum omnibus circumstantiis, ne quid desit. Quod tenet Doctiss. Couarr. & Gregor. Lopez *vbi suprà*: item & Ludouicus Molina *vbi supra*, *num.32.* & licèt ipse relinquat arbitrio iudicis hoc ipsum; tamen cùm sumus in materia odiosa, vbi ius resistit, video in hoc Senatu Galleco omnes circumstantias immemorialis probationis requiri, & ob omissam illam circumstautiam *de las segundas oydas*, iam vidi aliquando iudicatum, immemorialem possessionem non esse probatam. In casu autem vbi res, de qua agitur, non est odiosa, vt in pascuis, vbi etiamsi 11
non assistat ius, non tamen resistit, non ita exactam video requiri probationem; & tunc habet locum quod dicitur, quod omissio modicæ solennitatis non vitiat actum, ex Bart. *in l.1. §.quod autem, num.1. ff.de vent. inspiciend.* Iason *in l.2.§.priùs, num.10. ff.de vulgar.* Emanuel Costa *in l.Gallus, §.& quid si tantùm, ff.de lib.& posthum. 3. part. num.86.* Menchaca *de successionum creatione §.9. num.9.* Couarr. Et Ludouicus Molin. *vbi suprà.* Hoc enim ita accipere solet Senatus noster si probatio versetur in materia fauorabili, vel non odiosa. Vbi autem odium est, & ius resistit, tunc quidem nulla circumstantia omittenda est, sed requiritur obseruatio formæ traditæ *in dict.l.41. Taurina.* Ideoque in huiusmodi seruitiis & præstationibus, oneribus, & luctuosis quæ præstantur à vassallis Dominis exercentibus iurisdictionem in eo loco, quoniam odium est, & ius resistit, probatio requiritur perfectissima cum omnibus circumstantiis, iuxta leges nostras Regias, de quibus suprà. Et cùm hæc circumstantia *de las segundas oydas*, posita sit *in dict. l.41.* meritò omitti non potest, vt bene aduertit doctissimus Couarr. *vbi suprà*, *§.3. num.7.* Vnde si omittatur, vt solet omitti imperitiâ Scribarum, quibus hæ testium receptiones, vnde *receptores*

ceptores vulgò dicuntur, committuntur, totam probationem corruere necesse est: vt videas quàm sit in potestate scribæ ignorantissimi vniuersi iuris confusio.

12 Quod autem additur de fama publica & communi opinione, ideo dictum est, quia in antiquis fama probat, Bald. *in l.cùm super, Cod.de rei vend.* Abb. *in cap.veniens, el segundo, de testibus*, & *in cap.quid per nouale, de verb.signific.* & *in cap super eo, de paroch.*

13 Idem de opinione generali in antiquis habetur pro veritate, & non est necessaria alia probatio, dum tamen talis opinio sit vniformis apud omnes, nec de ea sit controuersia & contradictio apud peritos. Facit quod vult Innocentius *in c.cùm causa, de iuramento calumniæ*, & *in c.veniens, de verb. significat.*

14 Item testes debent esse probi & boni nominis, & integræ opinionis, *ex dict.l.*41. ibi: *Por testigos de buena fama.* Vnde consueuit fieri articulus Ab aduocatis de fama & opinione laudabili eorum, quos in testes produxerunt ad probandum immemorialem: & est necessarium nostro iure in huiusmodi probatione, aliàs quoque hac probatione omissa, vtpote circumstantiâ positâ à lege, corruet tota probatio. Quamuis enim nemo præsumatur malus, nemo item præsumitur bonus ad certum actum, qualis est ad testificandum in probatione immemoriali. Quare necesse est vt is qui testes produxerit, testes eosdem approbet, adductis aliis testibus qui vitam ipsorum, mores, & famam noscant & approbent. In quo est singularis doctrina Angeli *in l.*2. *§.diem au-*
15 *tem, ff.quemadmodum testam. aperiantur.* Quod si lex vel statutum requirit testes optimæ opinionis, hoc est præcisè articulandum & probandum: quod tradit Ludouicus Molina *vbi suprà, num.*30. & fuit opinio Aymonis Crauetæ, vbi suprà, 1. *parte, §.quæritur, num.* 38. Auendañ. *de exequendis mandatis Reg. Hispan.cap.*6. *num.*6. & aliorum, quos ipsi adducunt, quos poteris videre, vt videas quanti momenti sit in his causis repulsa testium, vbi boni testes & bo-
16 ni nominis requiruntur. Hæc igitur est immemorialis, quæ tuetur Dominos contra vassallos in his oneribus & seruitiis; & probata hac immemoriali possessione cum his circumstantiis, quas diximus, non est necessaria tituli allegatio, secundùm communem & veram sententiam, cum glossa *verb.non extat, in cap.*1.*de præscriptionib. lib.*6. & *in cap.super quibusdam, de verborum signific.*
17 Ias. *in l.si certis annis, Cod.de pactis.* Quia ipsa immemorialis possessio est titulus vndequaque legitimus. Aymon *de antiquitate temporum* 4. *parte, §.absolutis, num.*49. Alexand. *cons.*6.*lib.*1. Iason *cons.*156.*lib.*1. Bald. *de præscr.*5. *parte, quæst.*7. Ripa *in cap.*2. *de iudiciis, lib.*3.*§.ductus aquæ, ff. de aqua quotidiana & æstiua, cap. super quibusdam, §.præterea*, & ibi glossa, *de verbor. signific. cap. hoc quippe*, 3.*quæst.*6. *cap.conquestus*, 9.*quæst.*3. *cap.mos antiquus*, 65.*dist.* Auen-
18 dañus *lib.*1.*de exequend. mand.Reg. Hispan.cap.*12. *num.*7. Immò habet vim legis, *l.*1. *§.fin.* & *l.in summa, ff. de aqua pluuia arcenda*, ibi: *Si tamen agri lex non inueniatur, vetustatem vicem legis tenere. Sanè enim & in seruitutibus hoc idem sequimur, vt vbi seruitus non inueniatur imposita, qui diu vsus est seruitute, nec vi, nec clam, nec precario habuisse, longa consuetudine velut iure impositam seruitutem videatur.*

19 Et hæc immemorialis potest tantùm quantùm Imperator cum causa, Andreas

dreas de Isernia *in cap.1. verb. flumina, quæ sint regalia in vsibus feudorum*, vbi Bald. dicit quod habet vim priuilegij. Iason *in l. quo minus, ff. de fluminibus*, & præsumptio resultans ex tali immemoriali legitime probata, dicitur iuris & de iure, adeò quod non recipit probationem in contrarium. Felinus *in cap. cùm nobis, de præscript.* & in hac probatione immemoriali non curamus de bona vel mala fide, Salycet. *in l. 2. C. de seruitutibus & aqua*: præsumitur enim ex ea titulus, & bona fides. Angel. Paul. & Anchar. Ias. *l. si certis annis C. de pactis*. Bart. *in l. cùm de in rem verso, ff. de vsuris*, & *in l. Celsus, ff. de vsucap.* Quódque immemoriali tempore possessum est, præsumitur ab authoribus eius iustè & legitimè, & rectè possessum. Innocentius, & Bald. *in cap. si diligenti, de præscriptionib.* Baldus *de præscript. 2. parte partis tertiæ, q. 6. principali*: hæc atque alia id genus potest immemorialis hæc probatio, de qua agimus in his oneribus & servitiis, & in reliquis casibus vbi legitimè probata sit, si talis probatio necessaria sit. 20 21 22

Vnde probata hac immemoriali possessione adversus vassallos & subditos, non est præsumenda vis, nec coactio aut tyrannis, cessatque penitus præsumptio illa, de qua Doctores *in d. regula quod latenter*. Tanti enim temporis vsus & reiterata tot seculis solutio omnem penitus præsumptionem violentiæ & coactionis excludit, idque probatur apertè ex his quæ de immemorialis possessionis vi & potestate cumulavimus, & colligitur apertè *ex dict. regul. 41. Tauri*, & tradidit Guido & *cons. 1. & 65. in princip.* & *num. 10.* & Gregorius Lopez *in* d. *l. 6. tit. 25. part. 4.* vbi optimè. 23

Cùm enim ad immemorialis præscriptionis probationem deducendum sit memoriam hominum non extare facti alicuius, quod in contrarium gestum actumve sit, de quo *in l. 2. §. idem Labeo ait ff. de aqua pluuia arcenda*, ibi: *Idem Labeo* (inquit Paulus) *ait, cùm quæritur, an memoria extat ex facto opere, non diem & Consulem ad liquidum exquirendum, sed sufficere si quis sciat factum esse, hoc est, si factum esse non ambigitur, nec vtique necesse est superesse qui meminerint, verum esse qui audierint eos qui memoriâ tenuerint*: idem *in §. idem Labeo, in eadem lege*, ibi: *planè si fossa iure facta sit cuius memoria non extat agi tecum posse aquæ pluviali arcendæ vt reficias*: Si igitur memoria in contrarium extat, corruit immemorialis, quæ in hac nostra specie constare sibi debet ex omni parte. Quod tenet Ioan. Andr. & reliqui *in cap. quid per nouale, de verborum significat.* Innocentius *verb. memoriam*, & Ioannes Andreas *in cap. veniens, de verborum significat. lib. 6.* Cùm ergo *in dict. l. 41. Tauri*, hanc circumstantiam addiderit ad probationem immemorialis probationis, scilicet quod contrarium nec visum, nec auditum sit, ibi: *Y que nunca vieron, ni oyeron dezir lo contrario*; in hac odiosa luctuosarum præstatione præcisè observanda est: nec curamus legem illam aliter, & civiliter interpretari, vel humanè. Quod quidem an fieri debeat in materia favorabili vel saltem non odiosa, modò non disputo, vt in materia primogenij, vel pascuorum fortasse aliunde excogitanda est interpretatio, ex contraria præscriptione inducta cum legitimo tempore ex contrario actu: certè in nostro casu necessum est quod memoria non extet in contrarium. Vnde etiamsi initium non prodas immemorialis, quo casu nulla est difficultas, sed tantùm contrarium actum probes, qui memoriam in contrarium extare 24 25

demonstret, in nostra materia odiosa, & cui ius adversatur, sustineri non poterit immemorialis præscriptio, quæ vel ex ipso nomine absque memoria contrarij actus esse debet. Vide infrà *numer.* 34.

26 Tum etiam corruit immemoralis, si id quod exigitur & soluitur, non sit semper vniformiter solutum. Ex omnibus enim quos superiùs citauimus, vniformis debet esse, & semper fuisse exactio & solutio luctuosæ, seu oneris. Namque si ab hinc quinquaginta annis bos duntaxat nomine luctuosæ solutus sit, deinde procedente tempore equa, aut equus, posteà vestis, aut mula, simul; aut si duo olim, posteà vnum soluta sint, huiusmodi variatio & vicissitudo deformis diuerso tempore planè sine controuersia immemorialem destruit rediuiua præsumptione coactionis & metus. Et ita data varietate hac oneris exacti & luctuosæ solutę obtinere non potest Dominus contra vassallos. Quod quidem est generale in omni onere & impositione in ratione immemorialis possessionis. Tenet Covarr. *dict.* §.4. *part.* 2. *num.* 4. *versic. annua præstatio vniformis*: nec in hoc casu quando est variatio, habet locum immemorialis, nec lex Regia lata à Carolo Imperatore, etiam quoad possessionem pro-
27 bata præstatione deformi, vti in specie, & bene refert & tenet Avendañus *de exequend. mandat. Reg. Hispan. part.* 2. *cap.* 4. *num.* 17. *Quod præmaximè verum est*, si ista doni datio vniformis non est vniversaliter vniformis, sed diversa in præstatione; qui allegat Baldum, Angel. & Iasonem: & quamvis ipsi nihil dixissent, fundata iuris ratio cogit sic intelligere. Concludere enim debet testis, & ita concipi articulus debet, quod ea præstatio, de qua agitur tempore litis soluta fuerit ab hinc quadraginta annis ad minus, & vltra quadraginta annos toto tempore, cuius initij memoria hominum non extet. Quod si illa aut diversa fuit, aut dissimilis, aut maior, aut grandior in suo genere, vicissitudine variante planè immemorialis esse nequit: & sicut illa quæ de novo aucta, vel diminuta est, sustineri non potest: ita nec antiqua, quia vna & eadem res quæ petita est, nequit diuerso iure censeri, *l. eum qui, ff. de vsucapionib. cap. cum*
28 *in tua, de decimis.* Bald. *in l. humanitatis, C. de impuris & aliis*, & ratione partis de toto iudicamus, *l.* 3. *in princip.* & ibi gloss. & Doctores *ff. de acquirend. possess.* immemorialis enim perpetua vniformis, vna & eadem esse debet: verissimum enim est, requiri ad hanc probationem possessionem, vel quasi eius temporis, cuius initium memoriam hominum excedat, & cuius actus contrarius memoriam non habeat. Alex. *consil.* 16. *num.* 16. *lib.* 5.

29 Observandum tamen summè est, quia vtilissimum & quotidianum in hac materia, quod ista probatio, etiamsi vulgò aliter receptum sit, est difficillima. Námque etiamsi plures testes deponant se vidisse luctuosas solvi è bonis morientis, quia viderit è bonis Titij & Sempronij solutas, audisséque eos qui viderant solutas suis temporibus, & audierant maiores suos qui viderant, & memoriâ tenuerant, nec vnquam contrarium vidisséve, atque id esse publicam famam & constantem opinionem apud omnes qui id nossent; tamen adhuc hæc ipsa probatio difficillima est, quia habet aliquid negativum, scilicet contrarium minimè vidisse fieri, gerive. Quæ pars cùm negativa sit (vt apparet) fallacem, habere potest attestationem, aut certè debilem, cùm minimè destruere possit probationem contrariam, si testes contrarij contrarium se vidisse planè

&

& verè aſſerant. Tunc enim ſi contrarium appareat, maius adhuc periculum eſt, quia fides teſtis deponentis de immemoriali magis debilitatur. Vnde ex duobus teſtibus qui viderint & atteſtentur contrarium actum ſciente & patiente Domino, memoria inducitur facti contrarij, & infringitur probatio, quia hi de affirmatiua, illi verò de negatiua ferè deponunt. Quid enim obſtat ſi mille nunquam viderint negatas luctuoſas, ſi tamen duo teſtes meminerint petitas aliquando nec fuiſſe, nec ſolutas, idque tacente & conſentiente Domino? Certè magis creditur his duobus aſſerentibus, quàm mille negantibus: 30
gloſſa *in l. diem proferre*, §. *ſi plures*, *ff. de arbit.* quæ recepta eſt communiter. Itaque ſi contrarium meminerint homines, iam immemorialis dici nequit; quod in hoc genere probationis facilius admittent iudices propter facti acerbitatem & violentam præſumptionem, quâ præſumptio adiuuatur quæ liberos ait vaſſallos.

Vnde dicendum eſt ex Alex. *d. conſil.* 16. *lib.* 5. non ſolùm intra centum annos poſſe deſtrui immemorialem probationem, ſi teſtes ex aduerſo producti 31
intra id tempus dicant ſe vidiſſe contrarium, verùm ſi vltra centum annos aſſerant vidiſſe eos contrarium fieri agíve; vtcúmque enim, ſiue cis, ſiue citra centum annos memoria extet in contrarium, proculdubio corruet immemorialis. Quid enim ſi vltra centum annos deponant teſtes luctuoſas non exigi ſolere, quòd viderint mortuos Titium, & Sejum, vidente Domino, neque luctuoſas petitas, nec poſtulatas; quod ſi petitæ minimè ſolutæ ſint, certè hæc verè eſt memoria in contrarium; etiamſi id geſtum ſit vltra centum annos. Poteſt namque reperiri teſtis qui deponat de his, quæ vidit vltra centum annos; & in hoc Senatu quotidie referuntur teſtes huiuſmodi. Tenet Alex. *dict. conſ.* 16. Ioan. Andr. *in d. c.* 1. *de præſcr. lib.* 6. *ad finem*, quod quidem facilè fieri poteſt retenta communi opinione, de qua gloſſa *in c. relatum*, 37. *diſtinct.* 32
gloſſa *in l.* 3. §. *lege Iul. ff. de teſtib.* & *l. ad teſtium*, §. 1. *de teſtam.* alia *in* §. *teſtes*, *Inſt. de teſtam.* communem dixit Aret. *in d. l. ad l. teſtium*, §. 1. Fel. *in cap. vlt. de ſententia excommun.* Decius *in l.* 2. §. *vlt. ff. de reg. iur.* vbi omnes aſſerunt, poſſe teſtem teſtificari de his quæ ante pubertatem vidit; & valet eius teſtimonium, cùm eo tempore, quo teſtificatur, iam pubes ſit, licèt actus, cuius teſtimonium perhibet, ante pubertatem contigerit: quæ communis opinio veriſſima eſt, & habet legem 9. *titul.* 16. *part.* 3. pro ſe vbi Greg. Lop. qui *verb. Que oviesſem ante viſto*, optimè exponit, ſcilicet eo tempore, etiamſi in pupillari ætate, ſi tamen memores eſſe poſſint; atque illud proximum pubertati eſſe debet, vt ipſe optime declarat & benè, ſcilicet decem anni cum dimidio, vel ſaltem vndecim, ex *d. gl. in d. c.* 1. *de præſcr. lib.* 6. & ita debet intelligi prædicta lex 9. *tit.* 16. *part.* 3. Itaque ex his, ſiue citra, ſiue cis centeſimum annum conſtet memoria hominum, quod ſcilicet luctuoſæ in loco minimè ſoluebantur, nec petebantur, morientibus ciuibus, vidente & patiente Domino, certè deſtruitur immemorialis in hoc noſtro caſu & ſpecie luctuoſarum, quæ odioſæ ſunt. Vnde in hoc non eſt curandum de quaſi poſſeſſione centum annorum, hoc eſt, quod intra centum annos non extet memoria contrarij actus. Exiſtimabat enim Guido Papa, *q.* 573. & ante eum Cynus *in l.* 2. *C. de ſeruitutibus & aqua*, *q.* 10. & ibi Bald. *num.* 21. Cæpola *de ſeruitutibus vrbanorum præ-* 33
diorum

diorum, c.19. Bald. *de præscriptionibus 2. parte partis 3. q. 6.* & alij, quos refert Ludouic. Molina vbi suprà *num.61.* & Speculat. *tit. de probat.§.1.num.28.* Antonius de Butr. *in c.quid per nouale, de verb. signific.* Ioan. Andr. *in d.cap. veniens, de verb. sig. libr.6.* Aymon. vbi suprà *4. parte, cap. materia ista singularitatis testium, num.40.* ferè immemorialem temporis esse recordationem centum annorum, ita vt etiam si contrarium reperiretur factum ab hinc centum & vno, vel centum & duobus annis, etiamsi id constet per testes qui id viderint, adhuc immemorialis dicatur vel sustineatur, cùm intra centum annos contrarij actus memoria non extet. Quam opinionem communem dicit Carolus Molineus *in consuetudinibus Parisiensib. tit. 1. §.5. num. 63.* quem pro hac opinione allegat doctissimus Couar. *in dict. Reg. possessor. part.2. §.3. num. 6. ad fin.* etiam si Carolus Molineus aliud agat. Verè enim ille (vt patet ad literam) nihil agit de immemoriali, sed inquirit quod dicatur factum antiquum; & relatis aliorum opinionibus refert etiam illam, quæ communis est, vt factum antiquum dicatur illud, quod ab hinc centum annis contigit. Cuius
34 opinionis authores refert plures, de immemoriali verò nihil. Aliud factum antiquum est, aliud sine memoria & recordatione. Ideò Carolus Molineus non est in illa opinione, & statuendum est, nihil aduertendum esse ad centum annos; vtcumque enim, siue citra, siue cis centum annos facti contrarij memoria reperiatur, immemorialis esse nequit. Et optimè concludit contra communem doctissimus Couarr. vbi suprà *cap. 3. num. 7.* & licèt Ludouicus Molina *dict. lib.2. c.6. num. 60. & 61. & seq.* ad resolutionem huius quæstionis distinguat, planè tota eius distinctio in eo est, vt si reperiatur contrarium actum gestúmve contra immemorialem, siue is, siue citra centum annos, immemorialis minimè consistat: nam si actus non sit contrarius, & consistere possit cum immemoriali, tunc quidem non est nostra dubitatio. Quod cùm ipse recipiat in materia primogenij, certè multò fortiùs est admittendum in nostro casu odioso, vbi lex requirit immemorialem cum circunstantiis suis vndequaque perfectissimam. Vnde licèt Dominus probet immemorialem possessionem, & vasalli adducant testes oculatos, qui attestentur vidisse se ab hinc centum & duobus, vel decem annis luctuosas nullas solui, vel intra centum annos, morientibus ciuibus minimè postulatas luctuosas, etiamsi initium non prodant & principium quando primùm cœperint præstari, certè immemorialis corruet extante memoria contrarij actus ex superiùs adductis.

Secus dicendum est, si cùm Dominus semper habuerit luctuosas, sempérque præstitæ sint; si tamen vnus, & item alter desierit soluere luctuosas, negligente Domino, vel nolente, vel cùm posset exigere, nihil refert. Hæc enim non est memoria contrarij actus, quia semper præstitæ sunt; si non ab his qui reuelarunt, certè ab aliis: est tamen interruptio eius qui soluere non vult, cùm debeat soluere; quem etiamsi negligat Dominus, vel nolit, non statim destruit immemorialem suam. Aliud est enim interruptio contrarij actus, quæ præsupponit immemorialem possessionem; aliud memoriam non extare, quod nullam talem possessionem præsupponit. Rursum non est idem memoriam non extare, vel dari principium immemorialis; potest enim testis vidisse non solutas, nec exactas luctuosas in loco, sed ignorare quando primùm solutæ

tæ ſint. Itaque maximè aduertendum eſt in hac materia ad hæc tria, ſcilicet ad memoriam contrariam, initium immemorialis, & interruptionem. Interruptio enim non vitiat immemorialem. Oldrad. *conſil.*254. *num.*18. Corneus *conſil.*22. *num.*5. *lib.*1. Pariſius *conſil.*27. *num.*28. *lib.*1. quos allegat Ludouicus Molina vbi ſuprà, *numero* 47. Cuius ea ratio eſt, quia cùm immemorialis contineat tempus infinitum, adempto aliquantulo tempore ſemper remanet infinitum, ob idque interruptione non læditur nec deſtruitur immemorialis. Quæ ratio tam militat ſiue interruptio hæc contingat intra quadraginta annos, de quibus *in l.* 41. *Tauri*, vel vltra quadraginta annos. Namque ſi Dominus poſſeſſionem quadragenariam non probauerit, non eſt probata immemorialis: ſi ipſam probet cum aliis circumſtantiis, *dict. l.* 41. probata eſt ab ipſo immemorialis. Atque tunc quidem etiamſi vaſſallus probet interruptionem, etiam intra quadraginta annos, interruptio illa ex his, quæ diximus, non deſtruit immemorialem. Et ita intelligenda eſt dicta lex 41. *Tauri*, & Ludouicus Molin. vbi ſuprà *dict. num.* 47. qui niſi ita intelligatur difficilè ſuſtineri poterit: & habes hæc bene explicata ad probationem immemorialis.

Tum etiam illud aduertendum eſt, quod iſta præſtatio luctuoſarum debet eſſe ſine coactione vlla; Requiritur enim ad hoc vt domini obtinere poſſint, 35
quod toto tempore illo immemoriali liberè domini habuerint ex bonis emortui huiuſmodi luctuoſas, quódque vaſſalli patienter tulerint hoc onus, nec reſtiterint vnquam contradicendo; immò propter præſumptionem vehementem, quæ eſt contra ipſos, ipſis incumbit onus probandi huiuſmodi patientiam. Quod ſi vaſſalli probauerint, nolentibus ipſis ſoluere has luctuoſas, 36
pignora fuiſſe ſibi capta, eóſque pignora data numeratâ pecuniâ redemiſſe, ne rebus ſuis carerent; denique ſi Domini arreſtabant, fortior efficitur præſumptio coactionis & violentiæ, de qua *in d. reg. quod latenter.* Hi enim actus, 37
arreſtatio, pignoratio, incarceratio, violentiæ & coactionis indices ſunt, non meræ voluntatis, ex quibus immemoralis corruit.

Hoc notat Gregor. Lopez *in d.l.*5. & bene (vt ipe aſſerit:) cùm enim patientia requiratur vaſſallorum toto illo tempore in præſtatione harum luctuoſarum, quantum eſt ex ſe coactionem ſecum affert, & violentiam. Quis enim niſi planè ſtultus ita cogitauit voluiſſe quemquam tantum, támque miſerum onus ſubire, vt morienti ſibi & filiis parente deſtitutis bona ipſa auferantur. Ex quibus ſatis piè Greg. Lopez *in dict. l.*6. admonet locorum Dominos, vt ſi ab his exactionibus abſtineant, operæpretium facturos ſibi, & animabus ſuis opportunè conſulturos. Notandum tamen eſt in hac materia, quòd licèt 38
præſcriptio ſtricti iuris ſit, & ſtrictiſſimam recipiat interpretationem, nec extendatur de perſona ad perſonam, nec de re ad rem, Innoc. *in c. tua, de decimis.* Doctores *in cap. cùm olim, de præſcriptionibus*, Bald. *in l. non dubium, C. de legibus*, *l.*1. vbi gloſſ. & Bartol. *l. ... ff. de itinere actúque priuato*, *cap. auditis, de præſcript.* Socin. *conſ.*272. 2. *part.* incipit: *In cauſa ſancti Andreæ.* gloſ. *in reg. odia, de reg. iur. libr.* 6. Innocent. *in cap. auditis*, & ibi Felin. *num.*10. Bald. *in l. de quibus, ff. de legib.* vnde dictum eſt, quantùm poſſeſſum, tantùm præſcriptum; in hoc tamen caſu non eſt neceſſum quòd præſcriptum ſit præſcriptione immemoriali contra omnes particulariter. Sufficit

enim quod luctuosa sit percepta ab aliquibus, vt contra omnes intelligamus præscriptum: cùm enim præscribatur ius reale in genere, scilicet ius exigendi luctuosam illam præstationem, præscripto iure illo reali exigendi, præscriptum intelligimus contra omnes personas territorij, quibus ius illud applicari potest, ex singulari doctrina Bald. *in l. si quis diuturno, 2. notabili, ff. si seruitus vendicetur*, vbi inquit, quòd præscriptio iuris realis porrigitur ad omnes, etiamsi aduersus eos specificè non fuerit præscriptum. Vnde qui præscribit iurisdictionem in territorio, poterit illam exercere aduersus aduenas, quamuis aduersùs illos non præscripserit. Vnde præscriptio in illa specie, quæ præscripta est, extendi potest de persona ad personam. Sequitur Bald. *in additione ad Speculat. tit. de iurisdictione omnium iudic. vers. antepen.* Felin. *vbi sup. num.* 20. Iason *in l. 3. num.* 39. *de acquir. poss.* Aymon *de antiquitate temporum part.* 4. *in principio, num.* 59. Bald. *de præscript.* 2. *part. principali, q.* 2. *num.* 28. Ludouicus Molina post hos vbi suprà, *cap.6.num.* 17. qui refert

40 Bartholum authorem huius opinionis *in d.l.si quis diuturno*; ille tamen nihil de hoc: vide latissimè, quando de vna specie, & de vno actu ad alium possit extendi, eleganter Zaz. *lib.2.cons.16.num.59.* & eundem Aymon Crauetam. *vbi sup.num.58.& 60.* & ex illis intelliges meliùs quæ tradit idem Ludouicus Molina. *vbi sup.num.18.* ad extensionem præscriptionis de vno actu & de vna specie ad aliam, quod nunc non est nostrum propositum. Nobis illud sufficiet attigisse, scilicet non requiri in hoc præscriptionis genere, quod ab omnibus de territorio sit exacta luctuosa. Sufficit enim quod à quibusdam præstita sit cùm sese casus obtulit, iuxta veram rationem & naturam eius actus, & iuris realis quod præscribitur; quia tunc contra omnes præscriptum esse intelligendum est.

41 Vnde si quemadmodum hæc ipsa præscriptio dirigitur ad exigendum ius reale, dirigeretur ad seruitium aliquod personale, scilicet vt arcem carcerémve custodirent vassalli, vel dominum comitarentur; tunc verè non extenderetur de persona ad personam, sed penes illos versaretur illa præscriptio, penes quos actus reperirentur exercitati ex eisdem Baldo & aliis, quos adduximus, qui suscipiunt id duntaxat in iure reali acquisito & præscriptione; non possunt Domini compellere subditos ad custodiam nocturnam faciendam in castro, vel fortalitio, vt tenet Ias. *in l. diuortio, §. impendia, versic. item aduerte, ff. solut. matrimonio*, vbi dicit, ita consuluisse: allegat Angel. *in l. turres, C. de operibus publicis*, Ang. tamen id non asserit, sed tenet Chassaneus *in consuetudinibus Burgundiæ. titul. de feudo, num.* 25. Iacobinus de san-

42 cto Georgio *titulo de homagiis, ad fin.* Boërius, qui latè allegat, *decisione* 212. *lib.*1. Quod tamen limita, nisi tale seruitium soluatur ratione loci, hoc est nisi sit focagium, vt dicunt Galli; quia tunc transit ad omnes qui habitauerint locum illum pro quo debetur seruitium, & si pater habuerit plures filios, qui locum incoluerint illum, omnes præstabunt singuli singula illa seruitia, de quo vide semper Boërium vbi suprà, *num.*4. vbi benè & latè hoc disputat. Sed tamen etiamsi Doctores abierint in hanc sententiam, secuti Baldum, Bald. tamen locutus est in casu dictæ legis *si quis diuturno*, §. 1. *sup.* quod ius reale, de quo ibi, multùm differt ab hoc iure reali, de quo nos. Demus id Doctoribus,

Doctoribus, & recipiatur eorum sententia; nos autem redeamus ad nostram
quæstionem, scilicet, an ius hoc luctuosarum percipiendarum extendatur de
vna persona ad aliam, hoc est, an ex duobus, tribusve actibus luctuosæ per-
ceptæ ab aliquibus, inducatur perfecta præscriptio cum tempore legitimo
contra omnes de territorio, in quo aliqua nobis adducenda sunt de consue-
tudine, vt ex ea constet quid de præsumptione sit intelligendum: & cum ve- 43
rissimum sit distingui consuetudinem à præscriptione, quia consuetudo est
quædam firma introducta ex consensu populi, sine vsurpatione iuris aut rei
alienæ, at verò præscriptio est vsurpatio iuris, vel rei alienæ, *l. vsucapio*, *ff.
de vsucap. Vsucapio*, inquit Modestinus, *est acquisitio, vel adiectio dominij per
continuationem possessionis temporis lege definiti*; vbi verbum illud *adiectio*, po-
situm est propter dominum, quod quis habet reuocabile; quod tamen vsuca-
pionis adiectione quadam fit irreuocabile, de quo *l. cùm in bello*, §. *si quis ca-
piatur, vers. si quis seruum*, *ff. de captiuis & postlim. reuers.* & hanc differen-
tiam colligimus ex natura præscriptionis & consuetudinis, & agnouit Ay-
mon, Craueta *de antiq. temporum*, 4. *part. in princ. numer.* 3. & licèt ipse ad-
ducat contra hanc differentiam legem *venditor*, §. *si constat*, *ff. communia præ-
diorum*, vbi agitur de consuetudine fodiendi lapides in alieno territorio: &
caput *constitutus*, *de religios. domibus*, vbi refertur consuetudo, quod quis
possit cogi vendere alteri rem suam; tamen, vt inferiùs nobis attingendum
est, hæc duo sæpè confunduntur, & promiscuè his vocibus vtimur. Vera
tamen ratio vsucapionis est acquisitio iuris, vel dominij, consuetudinis non
item: illud separat consuetudinem à præscriptione, quia præscriptio requirit
titulum & bonam fidem; consuetudo non item, cùm inducatur aduersus
omnem populum, ex tacito quodam eius consensu, cum quoque mala fides
esse non potest. Item differunt quia per præscriptionem acquiritur ius parti-
culare, & particulari ratione, & agitur de damno vel commodo, vel fauore
particulari, & certarum personarum, quibus acquiritur, vel adimitur ius; in
consuetudine contrà acquiritur ius in communi omnibus & contra omnes de
populo, & agitur de præiudicio & vtilitate incertarum personarum, & versa-
tur in consuetudine quoddam veluti ius publicum respectu omnium, Abbas *in
cap. fin. de consuetudin.* Bellamera *cons.* 10. *vers. sed prout aliàs legendo*, *lib.* 4.
Alexand. *cons.* 6. *lib.* 1. Bald. *in l. imperium*, *vers. c. circa octauam*, *ff. de iurisdict.
omnium iudicum.* Aymon Craueta *vbi suprà*, *num.* 21. apud quem videre poteris
alios. Item illud separat præscriptionem à consuetudine, quia præscriptio est
cùm vni acquiritur, alteri aufertur; in consuetudine nemini aufertur. Plures
differentias inter vtramque ponit Ioannes Faber *in §. ex non scripto*, *Instit. de
iure naturali gent. & ciuili.* Aymon vbi suprà *per plures numeros*. Cynus *in leg.* 2.
quæ sit longa consuetudo. Bartol. *in repet. l. de quibus*, *ff. de legibus.* Couarruuias
in Reg. possessor. 2. *parte*, §. 3. *num.* 2. Menchaca *in suis controuersiis illustribus*,
lib. 2. *cap.* 85. *num.* 31. Ex his autem quæ tradit Aymon vbi suprà, *num.* 41. post
Innocentium & alios *in cap. dilecto*, *de officio ordinarij*, præscriptio est stricti
iuris, consuetudo verò fauorabilis; & in nostro casu ex his omnibus hanc
ipsam rem, de qua agimus, aptiùs nomine præscriptionis, quàm consuetu-
dinis significauimus, nec ideo minus extendenda est de persona ad personam;
vel

vel quia ius reale acquiritur ex traditione Doctorum, de quibus suprà.

44 Vel ex alio extendenda erit præscriptio ista ad vicinos, etiam qui nunquam præstiterint luctuosas; quia licèt verum sit, quod consuetudo requirat binum actum, *l. 3. Cod. de Episcopali audientia*, *cap. ex parte*, *de consuetudine*, Bartol. & reliqui *in l. de quibus*, *ff. de legib. num.* 11. *l.* 5. *tit.* 2. *partit.* 1. non adeò tamen requirit binum actum, vt adhuc necessum sit, quod binus ille actus obtentus sit in iudicio, saltem vbi consuetudo inducitur contra ius: tenent Calderinus, Ancharanus, Ang. & Curtius Iunior, quos refert Aymon Craueta *dict.* 4. *part. num.* 32. etiamsi communis opinio ad probationem consuetudinis actus extraiudiciales admittat, de qua Bart. *in dict. l. de quibus*, & ibi Ias. *vers. in secunda part. glos. septima.* Bald. *in cons.* 210. *lib.* 1. dicit communem, Corn. *cons.* 293. *lib.* 1. & *cons.* 179. *lib.* 3. Abb. *cons.* 73. *lib.* 2. idem *in cap. fin. de consuetudine*, *num.* 16. Rochus *de Curte de consuetudine*, *num.* 362. Aymon Craueta vbi suprà, 4. *parte*, *in principio*, *num.* 33. Burgos de Pace *in l.* 1. *Tauri*, *n.* 148. Ludouicus Molina *de Primogeniis Hispanis lib.* 2. *cap.* 6. *num.* 27. & 28. Gregorius Lopez *in dict. l.* 5. *titul.* 2. *part.* 1. *verb. Fueren dados.* Contra hanc communem fortissimè facit prædicta lex 5. *titul.* 2. *part.* 1. ibi: *en este tiempo mismo fueren ados conceieramente dos iuyzios por ella.* Nostri namque intelligunt illam legem, vt scilicet in nihilo resistat receptæ opinioni, vt scilicet necessarius sit duplex actus, isque iudicialis, si quis se ad istud probationis genus restrinxerit; quasi lex quæ vnum genus probationis admiserit, alterum non excluserit: itaque verius putant, admittendos quoque esse actus extraiudiciales, non obstante lege illa Partitæ; quod mihi, qui decedere à doctissimorum virorum sensu leuiter non soleo, durissimum est, propter verba dictæ legis 5. quæ mihi in Hispania ius facit, non Doctorum opinio: & ita censebat Burgos de Pace, *vbi suprà*, Tu cogita; & facit fortissimè illa ratio, quia ideò requiritur actus binus, isque iudicialis in probatione consuetudinis, quia ex probatione duplicis illius actus iudicialis, intelligimus quendam notorium, & tacitum populi consensum; postquam enim in iudicium deducimus illam consuetudinem, & secundum eam obtinemus, iam tunc in promptu est sic existimare vniuersum populum id voluisse; quæ est ratio exigendi duos illos actus iudiciales, quæ ratio cogit intelligere debiliores esse & infirmiores actus extraiudiciales, quàm vt ex illis notorium illud inducatur. Vnde ex duobus actibus extraiudicialibus non ita intelligimus notorium illud, & vniuersi populi consensum; quod sensit Bartol. *in dict. l. de quibus*, *in prima & secunda lectura*; & notat idem Aymon Craueta *vbi suprà*, *num.* 35. & est ipsa veritas: vnde ad nostram legem Partitæ dicendum est, legitimè probari consuetudinem duplici actu iudiciali, quia scilicet ex illo inducitur notorium; non autem probari ex duplici extraiudiciali actu, quia ex illo non intelligo notorium eductum ex consensu populi. Vnde si quis hodie velit in Hispania probare consuetudinem, & nullum actum adducat, aut vnum, duosue tantum, eosque extraiudiciales, nunquam existimabo consuetudinem probatam; non enim mihi possum ex vno actu etiam iudiciali, vel ex duplici extraiudiciali consensum populi notorium & publicum persuadere, nisi cum duplici actu illo esset probata vniuersi populi comprobatio eius consuetudinis, & ferè expressa,

pressa, quod rarò fit. Si verò plures actus, & frequentia actuum deducantur, ex quibus verosimile sit populum vniuersum id cognouisse & consensisse, quamuis hi plures actus extraiudiciales sint, tunc tamen quia frequentia & pluralitas actuum inducit notorium illud idem, quod resultabat ex duobus actibus iudicialibus, & reperitur obseruata ratio dictæ legis 5. bene admittimus interpretationem nostrorum & communem sententiam, vt tales actus, licèt extraiudiciales, quia plures sunt & frequentes, & quia inducunt notorium, admittantur; & hoc casu hoc probationis genus admittendum. Duo verò actus extraiudiciales rarò aut nunquam probabunt consuetudinem, quia non ita facilè ex eis deducimus notoriam. Ob idque plurimum in hoc poterit iudicis arbitrium, qui de ea re cognoscet: cuius arbitrium in eo versabitur, an tales actus extraiudiciales sint, ex quibus possit notorius ille populi consensus educi, perspecta re, & rei qualitate, & circumstantiis: quod existimamus obtinendum, siue consuetudo probanda sit probatione ordinaria, siue eâ, cuius initij memoria non extet; semper enim habenda est ratio actuum, an hi sint qui inducere, & suadere possint populi vniuersi notorium consensum, qualem ex actibus iudicialibus colligeret doctus & prudens iudex. Idque contra Ludouicum Molinam vbi suprà, *num.28. versic. quicquid*, vbi ait in hoc probationis genere nihil esse curandum de actibus iudicialibus, constaréque probationem ex actibus extraiudicialibus; quod ego ita intelligerem, si frequentia actuum extraiudicialium deducatur. Namque, vt diximus, ex duplici actu, eoque extraiudiciali, rarò aut nunquam admittitur probatio consuetudinis, ex his quæ diximus suprà.

Quæ diximus autem de consuetudine, maximè faciunt ad ea quæ dicturi sumus de præscriptione, quæ vt plurimùm vnico duntaxat actu sustinetur, præ- 47
sertim vbi actus ille habet secum tractum futuri temporis, & continuationem successiuam, & permanentem, vt est electio, præsentatio, nominatio, & successio; namque continuatio successiua eius actus per tempus lege definitum præscriptionem constituit: & ita, quod sufficiat in præscriptione vnicus actus, tenet Abba *in cap. final. num.17. de consuetud.* Tiraquellus *de Primogen. quæst.38.num.2.* Isernia *in cap. Imperialem, §. præterea ducatus, num.3. de prohibita feudi alienatione per Federicum.* Palacios Rubio *in repetitione cap. per vestras, §.28. num.37.* qui quamuis loquantur in consuetudine, idem obseruandum à fortiori est in præscriptione ad quam vnicus duntaxat actus requiritur, *cap. cùm Ecclesia*, vbi Scribentes, *de causa possessionis & proprietatis.* Hostiensis *in cap. Abbate sancti Syluani, de verbor. signific. cap. consultationib. de iurepatronatus.* Bartol. *in l.1. §. hoc interdicto, num.1. & 6. de itinere actuque priuato.* Rochus de Curte *de iurepatronatus in parte competente alicui, quæst.14.* Lambertinus *eodem lib.2. part.1. quæst.3. art.11. num.5.* Dominus Antonius de Meneses *in l.1. Cod. de seruit. & aqua, num.22.* Molina vbi suprà, *lib.2. cap.6. numero 23. vers. sed an sufficiat.*

Ex quibus in nostra quæstione dicendum videbatur, sufficere vnicum
actum, sed quamuis illud habeat locum in illis actibus qui habent continua 48
tionem & tractum temporis; in actibus tamen momentaneis dicendum est requiri frequentiam actuum, *argument. text. in l.1. vers. quod autem scriptum est,*

ff. de aqua quotidian. & æstiu. Item faciunt illa omnia, quæ de consuetudine adduximus; quia si in consuetudine, quæ fauorabilis est, requirimus duplicem actum, atque iudicialem ad minùs; & vbi iudicialis actus non interuenerit, requirimus frequentiam actuum; multò magis id admittendum est in præscriptione, quæ est odiosa: in nostro ergo casu, cùm actus sint momentanei, desideramus frequentiam eorum, ex quibus cum tempore possimus inducere ius præscriptum percipiendi luctuosam; & vt tandem concludamus de actibus necessariis ad expectandam præscriptionem ab his qui luctuosas præstarunt, ad eos quibus adhuc non est præstita, & à quibus nondum exacta est, hoc est de persona ad personam, proponimus hanc quæstionem: Pone quod in aliquo
49 territorio, castro, oppido, vel alio loco dominus territorij, seu is qui iurisdictionem habet (nihil refert) percipit luctuosam à Titio primum, posteà à Sempronio emortuis, ob eam causam quòd omnes de castro tenerentur; habeatque hos duos actus & tempus quale lege requiritur, an possit ex his contra reliquos de territorio vti hoc ipso iure præscripto, qui nondum luctuosam soluerunt; scilicet, quia nullus toto illo tempore mortuus est, aut quia casus non interuenit vt luctuosa solueretur; scilicet intra quadraginta annos, quibus ex iuris nostri dispositione dominus in sua possessione harum luctuosarum defenditur. Quæstio in ea est, an ex his actibus, & tempore præscriptum sit contra hæredes eorum qui soluerint luctuosas tantùm, an verò contra omnes de castro, & territorio, propter quod exacta est luctuosa, in quo ex fundata iuris ratione, de qua suprà, sic existimo definiendum quod si talis exactio deuenit ad notitiam totius populi, aut maioris eius partis, cùm scirent luctuosam à Titio exactam quia moreretur in territorio, item posteà à Sempronio; & tamen nullus contradixit toto illo tempore requisito à lege ad præscribendum, quod isto casu acquiritur ius contra omnes de territorio, & directò præscribitur contra omnes de territorio, nulláque in hoc casu est extensio, nec de extendenda præscriptione de persona ad personam in hoc casu agimus: aliàs si ista exactio vel ex causa non fit, vel si fiat, non deuenit ad notitiam totius populi, vel maioris partis, tunc quidem existimandum est eos actus latenter factos, miniméque esse contra omnes præscriptum, cùm præscriptio sit strictissimi iuris, *l. 1. §. Iulianus, ff. de itinere actúque priuato.* Innoc. *in c. dilectus, de capell. monach.* Bart. *in l. cùm de in rem verso, ff. de vsuris.* Nec necesse est quod luctuosa exacta sit à maiori parte populi, quod in simili existimabat Boërius *decis. 125. num. 5. ad med.* sufficit enim quod sit exacta ab aliquibus ex prædicta causa, & quod talis exactio peruenerit ad notitiam maioris partis de territorio vel castro: ita contra Boërium tenendum est cum Aymon Craueta, *vbi su-*
50 *prà, 4. part. §. materia ista singularitatis testium, numero 86. folio mihi 215.* Ex qua regula, quæ est educta ex ratione fundata iure, facile est intelligere quot actus in istiusmodi præscriptione necessarij sint, & secundum eám dicendum est; sufficere quod iudicem prudentem mouere possint, vt sibi persuadeat populum, vel maiorum partem incolarum, vel eorum à quibus exigenda est luctuosa, ex notitia & tacito consensu luctuosarum exactarum voluisse huiusmodi luctuosas solui tacendo, siue hi actus duo sint, siue tres, siue plures (nihil refert) dummodo ex his resultet tacitus ille consensus, & quædam

veluti

veluti gratuita donatio, quam ex iuris principiis facere videtur, qui contra se præscriptionem expleri permittit, nihil renuendo, vel interpellando: quod si hic consensus tacitus non resultet ex actibus particularibus, licèt plures sint, adhuc intelligam non esse præscriptum: & hæc pertinet ad actus. Ex quibus videbis quàm aperte decipiantur qui certum numerum actuum in quirunt ad complementum præscriptionis.

Nec quicquam refert, quòd vassallus, à quo dominus luctuosam exigit, & 51
in quem iurisdictionem exercet, sit censitus (censiti enim dicuntur vassalli qui cum ipsa gleba censentur, & sunt veluti glebæ pars; de quibus optimè Aluarus Vasquius *iuris emphyteutici q.32.num.5.*) velut nos nostro nomine vocamus *Solariego*, vel vt dicunt Itali & receperunt Galli, quod sit de mansata; quia adhuc illa præsumptio, de qua Doctores *in dict. regula quod latenter*, contra dominos vrget, namque præter censum constitutum nihil aliud à vassallo expectare domino conuenit. Textus expressus secundùm vnum sensum *in l. domini, C. de agricolis & censit. lib.* 11. tenet Bald. *in l. cùm multa, in fin. Cod. de bonis quæ liberis.* Alexan. 6. *cons.* 35. *lib.* 2. & *cons.* 124. *lib.* 4. & *cons.* 145. *lib.* 2. Guido Papa *q.* 407.

Sunt enim vassallorum genera plura, de quibus *l.* 3. *tit.* 25. *part.* 4. & *l.* 2. 52
eod. vassallos verò *Solariegos* dicimus eos, qui à solo quod colunt, quódque à Domino accipiunt, solariegi vulgò dicti sunt; verba eius legis hæc sunt: *Solariego tanto quiere dezir como home que es poblado en suelo de otro, è este a tal puede salir quando quisiere de la heredad con todas las cosas muebles que hy ouiere: mas no puere enagenar aquel solar, nin demandar la maiora que hy ouiere fecha, deue fincar al señor cuyo es Pero si el solariego a la sazon que poblo aquel logar recibio algunos marauedis del señer, o fizieron algunas posturas de so vno deuen ser guer dadas entre ellos en la guisa quæ fuerun puestas, e en tales solariegos como estos no ha el Rey toro derecho, sino tam solamente moneda.* Itali quoque agnoscunt hoc
genus vassallorum, & vocant vulgari verbo *Hiron de Mansata*, à mansione quam 53
accipiunt à domino: ita de his dicit Spec. *tit. de feud. libr.* 4. *part.* 3. §. *quoniam super homagiis, num.* 38. cuius verba sunt: [Est, aiunt, mansata, quando Dominus dat alicui mansum cum diuersis possessionibus, & propter hoc ille facit se hominem Domini, & ad certum seruitium tenetur, & talis dicitur homo de mansata, qui est homo ratione possessionum; persona tamen eius libera erit, secundùm consuetudinem Regni Franciæ, si dimissâ mansatâ alibi se transferat.] Hæc Spec. qui & *num.* 37. de acquisitis ab homine de mansata, inquit: [Homo de mansata quicquid acquirit post acquisitam mansatam, ipsi mansatæ acquirit; & quod acquirit, eius naturæ est, cuius est ipsa mansata, & de ipsa mansata efficitur. Est autem conditio, seu natura mansatæ, vt alienari non possit; & si se homo de mansata alibi si transferat, mansata efficitur domini, & eam amittit vassallus, qui aliò se transfert.] Hæc Speculator. Ex quibus patet, quod homo de mansata dicitur à manso, sicuti solariego à solo: & quod est homo Domini cui subiacet, & quod tenetur ad certum seruitium: vocarunt iura feudorum mansum, *§. si quis de manso, in cap.* 1. *qui feud. dare possint*, vbi Iacobus Cuiacius eruditè explicat, quòdque liberè potest abire à solo, seu mansata, dum tamen mansatam relinquat Do-

mino cum acquisitis & meliorationibus; quicquid enim acquirit hic homo de mansata, vel solariegus mansatæ solo mansatæ acquirit, vel Domino: cui legi conuenit dicta lex 3. ibi: *Home que es poblado en suelo de otro.* Et ibi: *Este tali puede salir quando quisiere.* Et ibi: *Mas no puede enagenar aquel solar, ni demandar la maioria.* Quódque facit ad id quod egimus, pacta conuenta ait lex omnino esse seruanda inter Dominum & vassallum modis omnibus: & quamuis lege Partitæ ita dispositum sit de vassallis de mansata, vel solariegis; tamen de his ipsis vberiùs dispositum fuit nouis subinde conditis legibus. Cùm enim lege Partitæ statutum id esset, vt homo de mansata liberè decedere possit relictis meliorationibus; dubitatum posteà fuit, an Dominus quoque eundem expellere possit liberè. Quod si nec alter expellere, nec alter abire liberè posset, quid faciendum abire, vel expellere volenti quis modus in decessu? quæ ratio in expulsione? quid vassallo cum Domino? quid Domino cum vassallo agendum esset circa seruitium præstandum; an liceret Domino onera superimponere? hæc posteà lege lata constituta sunt, *l.2. tit.3.*
55 *lib.6. Ordinat. Regiar.* quæ in his omnibus lex tertia explicat eleganter, & tandem nostram quæstionem decidit, vt scilicet etiamsi vassallus solariegus sit, & de mansata, adhuc extra censum si quid aliud acceperit Dominus, per vim cœpisse videatur, vt in hoc vassallo quemadmodum in reliquis, præsumptio metus & coactionis vrgeat, ibi: *E ningun gran señor que tuuiere la behetria, no les puedo fazer tuerto, ni fuerça, mas de quanto son aforadas.* Pondera verbum. *Mas de quanto son aforadas*, vt Dominus accepto censu quiescat in exactione oneris. Et rursum ibi: *Pero si algunos solariegos oviere o han otro vso y costumbre: o priuilegio, in qualquiera manera deuen passas con los señores, e los señores con ellos, que les sea guardado.* Addebat antiquata lex veteris Ordinamenti post hæc verba, *El vso, costumbre, y priuilegio que ouiere en sta razon.* Quæ verba non erant superflua, nec otiosa, etiam si à compilatoribus omissa sint: multa enim in legibus illis addita, aliqua omissa, quædam verò mutata sunt, quod proximè patebit. Illud ex his reliquum fit, ex vassallis censitis, vulgò *Solariegos*, vel de mansata, nihil aliud posse Dominos expectare, quàm censum, ad quem solum, & mansum cum prædiis concesserunt Domini agricolis censitis, nisi vsus vel consuetudo, vel priuilegium aliud induxerit ex antiquitate temporis & longæua præstatione: at verò ne quis dubitaret, qualis illa consuetudo esse deberet, subdit lex illa *in fin.* consuetudinem illam immemorialem esse debere, ibi: *E si non*
56 *ouiere cartas o priuilegios que les sea guardado el vso, y costumbre que ouieren en esta razon, de tanto tiempo aca, que memoria de hombres no sea en contraria.* Ac ne fortè quis dubitaret, an ea clausula extenderetur ad vassallos solariegos, quia proximis verbis *de las encartaciones*, loquebatur, præterea quod in vtrisque vna eademque inerat ratio, idem legislator ne de hoc dubitatio vlla esse posset, *lib.6. tit.11.* post leges eius tituli in appendice remissarum legum, *versic.4.* hanc ipsam legem ad id notat, & refert quomodo præscribi possit à Dominis aduersus vassallos solariegos, vel de mansata: quod quidem in censu intelligi non potest, cùm is ex conuentione soluatur, vt cætera, de quibus conuentum non sit inter Dominum & vassallum, immemoriali sustinenda veniant

niant probatione; quod quidem necessarium est, quia ex fundata iuris ratione est efficax contraria illa violentiæ præsumptio, cùm isti Domini exerceant iurisdictionem ciuilem & criminalem in his vassallis; & est eò fortior, quia prædicti vassalli sunt solariegi; & contra Dominum est dicta regula *quod latenter*, & quod ibi Doctores ideò immemorialis requiritur. Et quamuis illa 57
clausula ponatur in fine eius legis, tamen quia par ratio est in illa, & in cæteris, pariter determinat omnia capitula legis, ex his quæ notat & tradit Abba, & Francus & reliqui *in cap.2. requiris, num.4. & 10. de appel.* optime Decius *ibidem num.3.* Bart. *in l.talis scriptura, §.fin.ff.de leg.1.* Bald. *in l.1. Cod.de lib. prat. vel exharet.* Alex. *consil.213. lib.2.* Aretin. *consilio 116.* Bald. *in l.in act. notabili 3.de his qui notant infam.* Hæc enim regula ab omnibus agnoscitur, vt clausula generaliter ad omnia referatur quando nulla ratio assignari potest, propter quam magis ad vnum capitulum, quàm ad aliud referatur. Itaque ex clausula illa, vt Domini contra quos est præsumptio violentiæ & coactionis, à vassallis etiam solariegis & de mansata vltra constitutum censum nihil aliud accipiant, necessaria est immemorialis præscriptio, *ex dict.l.2.tit.3.l.6. Ordi-* 58
nationum Regiarum, & clausula illa consultissimè posita fuit, aliàs autem forsan obtineri poterat à Dominis, vt præstatio annua vltra censum constitutum iterata triginta annis continuis veram acquisitionem induceret, & tituli præsumptionem; quia præstatio triginta annorum præscriptionem videtur inducere iure communi, etiam in rebus maximi præiudicij, Bart. *in l.solet, §.1.ff.de officio Proconsultis.* Bald. *in l.malè agitur, de præscriptione trig. vel quadrag. annorum.* Baldus *de præscriptionibus 4. part. quartæ partis, quæst.9.* Carolus Molinæus *in consuetud. Paris.tit.1. §.7.num.21. l.sicut, l.cùm notissimi, Cod. de præscript.trig. vel quadrag.annorum.* Alex. *cons.124.lib.4.* ad decennium istiusmodi præscriptionem redigebat, sed nostra lex cùm animaduerteret præsumptionem violentam, & repugnantiam iuris contra Dominos, tempus immemoriale requirit, & meritò, ex his quæ tradunt Ioannes Andreas, Hostiensis, Henricus, Panormitanus, & reliqui *in dict.regula quod latenter.* Itaque ex his nihil distinguimus inter vassallos de mansata, vel solariegos, & alios quoad huiusmodi exactiones & onera, cùm in vtrisque idem ius sit, atque eadem reperiatur definitio, eaque multò clarior in solariego; quia in his expresè decisum est, quod sola immemoriali possessione defendantur in his quæ extra constitutum censum ab eisdem percipiunt Domini.

Est igitur id obseruandum in vassallo solariego, quod in aliis, quod attinet 59
ad luctuosas, vt nisi immemoriali præscriptione Domini iuuentur, eas à vassallis exigere non possint, omniaque superiùs tradita habent locum in vassallo de mansata; qui quidem vassallus etiamsi lege Partitæ liberè decedere poterat à mansione & solo, tamen iure nouo *ex dict. l.2.* hæc decedendi facultas ablata est, & forma tradita, quo pacto vassallus decedere possit à solo & prædio. Namque si Dominus vassallum grauauerit de mansata, plus exigendo quàm conuentum sit, tunc decedere potest, in abscessu verò formam illam seruabit, de qua his verbis lex nostra: *E si fuere vna, dos o tres vegadas tuerto, e non gelo quisiere emendar a la tercera vegada, el labrador saquela cabeça por vna finiestra de aquella casa en que mora, e trayga testigos, & diga que renuncia e se parte del*

señorio de aquel que le faze tuerto, & que se torna vassallo con todo lo que ha de otro señor, que sea natural de aquella behetria, en que es aquel solar en que viue. Quæ
60 lex in hac forma abeundi egregia est, & antiquitate plenissima. Rursum nec Dominus potest adimere mansum vel solum, vel prædium vassallo, nec liberis eius, si vassallus eiusque liberi censum conuentum soluerint, in principio *dict. l.2.* nec vassalli quicquam de manso vendere possunt, ibi: *E ningum solariego no puede vender, ni enagenar, ni empeñar, cosa alguna de aquello que fuere del solar.* Quod indistinctè constituebat lex antiquata, hodie verò additum est in noua lege, *saluo, a otro solariego, que se a vassallo de aquel señor, cuyo es aquel solar.* Itaque hodie cessat illa consideratio, quam adducebat Gregorius Lopez *in dict. l.3. tit.25. part.4.* vbi tenet, quod si vassallus consueuerit vendere possessiones suas liberè, incumbat probatio Domino quod illæ sint suæ propriæ; quam regulam ipse inducit ex eo, quod vassallus vendat liberè, quia vassallo solariego prohibita erat alienatio, ex Speculatore *vbi suprà*, ad quam adducit Iserniam *de controuersia inter masculum & fœminam, in principio, vers. quid tamen*, qui tamen mihi ferè nihil dicit: at verò ex noua nostra lege Hispana, vt illa consideratio habeat locum, & inducamus præsumptionem pro vassallo vendente contra Dominum, debet vassallus vendidisse, non ei qui vassallus item sit ipsius Domini, sed libero homini, & in libero fundo habitanti, cùm lege noua indistinctè venditio non sit prohibita, sed solùm homini libero: ob idque si vendiderit vassallus vassallo, adhuc est præsumptio pro Domino, quod vassallus secus leges constitutas mansum vassallo vendiderit, secùs si vendat libero homini; quia tunc Dominus probare tenetur, quod mansum venditum ad se pertineat, cùm vassallus tanquam proprium vendiderit: quod si qua est præsumptio, quæ onus probationis in alium transferat, hoc modo est accipienda.

61 Postremò dispositum est prædicta lege, vt acquisita à vassallo de mansata vel solariego, fiant mansatæ, & soli, & remaneant Domino cum meliorationibus. Quod quidem intelligendum est, si emerit ab homine vassallo; item eiusdem Domini mansum: quod patet, quia empta in solo Regio, aut Ecclesiæ non cedunt Domino ex dispositione eiusdem legis. Idemque necessariò fatendum est, si emerit ab homine vassallo alterius Domini; namque ille ipse dominus, in cuius quoque mansata emuntur prædia, beneficio eiusdem legis tutus est, vt bona quoque de mansata sua, vel solariega alienari item non possint. Postremò notabilis est lex illa, quatenus ait pacta conuenta inter vassallum & Dominum esse seruanda, quia hodie frequenter ex conuentione forma prædictæ legis non seruatur; námque Domini prædiorum sub certo censu possessiones suas concedunt vassallis, alio atque alio censu sibi reseruato quotannis soluendo. Denique *ex d.l.2.* talia pacta & conditiones vtiliter opponuntur & conseruantur, & meritò, quia in traditione rei propriæ potest quisque rei suæ leges, quas velit, apponere, *l. in re mandata, C. mandati*: ideóque si Dominus à principio pacto conuento de luctuosa agat, pactum seruabitur, atque ipsa luctuosa pars census erit *l. fundi partem, ff. de contrah. emptio.* qui casus in omni genere personarum receptissimus est, & sine difficultate, vt conuentio tollat omnem præsumptionem metus, coactionis

actionis & violentiæ, cùm præsertim possit quisque in traditione rei suæ leges apponere, quas subire debet is, qui velit re aliena vti. Postremò ex ha, ratione, quòd in traditione rei suæ quisque apponere possit leges quas velit & reseruare sibi ius in re sua quod velit; atque adeò ex eo, quod pacta conuenta in hac concessione soli & mansatæ sunt seruanda, si inter Dominum & vassallum pactum sit, vt nisi vassallus singulis annis censum soluerit, prædium commissi lege ad Dominum reuertatur, proculdubio pactum illud efficaciter seruabitur; quamuis enim pœna conuentionalis ex vsu foriensi apud suprema Tribunalia non mandetur executioni, decisio Matthæi de Afflict. 135. vnde stipulato de dupla raro aut nunquam exigitur, quod notat Greg. Lop. *in l. 32. tit. 5. part. 4. verbo doblo*, vbi pœnam, de qua ibi, non exigi attestatur, cui addendus est Matthæus de Afflict. *d. decisione* 135. & *decis.* 80. & Carol. Molinæus *de eo quod interest*, *num.* 178. & Rom. *consil.* 510. *num.* 9. facit in nostro casu textus *in l.* 68. *Tauri*, quam in hoc sensu accipit doctissimus Couar. *variar. lib.* 3. *cap.* 7. *num.* 1. Ait enim forensem vsum apud suprema Regis Tribunalia eam legem ita interpretatum fuisse, scilicet vt commissum, de quo in lege Taurina, ita demùm locum habeat, scilicet si res eius sit, qui 64
censum sibi soluendum cauerit: reuerà tamen ille sensus mihi nunquam placuit, nec scio an ita indistincte apud suprema Regis Tribunalia lex illa accipiatur.

Quid enim mouere potuerit legum illarum conditores, ignoro, vt de re clarissima legem tulissent; cùm Taurinæ omnes leges maximè controuersas quæstiones deciderint: nulla autem dubitatio esse poterat, vt in traditione rei propriæ ipse mihi ius totum rei meæ reseruare possem; quæ enim iniquitas est, aut quæ iniuria fit, vt tradita re mea ex mea liberalitate, conditio à me apponatur, vt totum redditum rei meæ singulis annis mihi soluas; quod si renuas, res mea ad me integro iure reuertatur, cùm à principio integrum tibi sit & liberum rem meam ita non accipere? certè indigna hæc dubitatio erat, quæ Taurina lege decideretur, quod mihi fortiùs persuadeo, quòd Ioannes Lupus de Palac. Rubios, vir eruditissimus, & summæ apud nos authoritatis, qui affuit his legibus Taurinis condendis, longè aliter eam legem accipit, scilicet cùm quis retenta sibi re sua, super eadem censum soluendum singulis annis vendidit, addita ea lege, vt scilicet nisi ad tempus certum soluatur census, res commisso ad eum qui censum habiturus erat, pertineat; in quo lex illa videri poterat difficillimam iuris decidisse quæstionem, scilicet, qualis, quantáve debeat esse pœna conuentionalis: in quo textus *in l. vna, de sententiis quæ pro eo quod interest*, moderationem pœnæ conuentionalis requirebat. Hæc verò moderatio deerat, vbi læsio reperiretur vltra dimidiam, de qua læsione *in d. l.* 68. Præterea Doctorum sententiæ adeò erant ambiguæ & dubiæ, vt in illa re illud vnum videretur certissimum, nihil certi reperiri. Glossa *in l. vna*, distinguebat inter pœnam appositam per verba multiplicatiua, vel per verba simplicia, quam Rebuffus dicit communem *in repetitione* 65
d. l. vnicæ, *num.* 546. & Alex. *cons.* 157. *num.* 6. *lib.* 6. quam tamen reprehendunt & Bart. *in dict. l. vna*, *num.* 2. alij distinguebant, quod aut pœna apponebatur rei certæ, aut rei incertæ. Sapia dicebat hanc quoque communiter

receptam,

receptam, *ibidem num.* 83. & omnes *in §. alteri, de inutilib. stipulationib.* post Portium dicebant, quod pœna non potest ascendere duplum, & est communis per Imolam *in l. stipulatio, §. alteri, de verborum*, & Curtium *in d. l.* 1. *num.* 32. ad quam opinionem videtur respexisse dicta lex 68. ibi: *Aunque sea mas de la metad.* Alij distinguebant inter pœnam additam facto, vel quantitati; vt priori casu ascenderet in infinitum; secundo verò casu redigeretur ad legitimum modum vsurarum. Hanc dicit communem Franciscus Curtius *in dict. leg. vna, numer.* 32. Baldus *de præscription. parte tertiæ partis, quæst.* 13. *num.* 6. Facit bona glos. *verb. potest, in l. Lucius, ff. de actio-*
66 *nib. empti, & vendit.* & *in l. cùm allegas, glos.* 1. *C. de vsuris.* Quibus dicitur, quòd si pœna adiiciatur quantitati, de facili præsumitur vsura: quod non est si adiiciatur facto. Quæ opinio in hoc regno mihi verissima est, ex qua desumptæ videri possunt duæ nostræ leges, ex duplici membro huius distinctionis; altera est lex 34. *tit.* 11. *part.* 5. quâ deciditur, quod pœna apposita non adimplemento facti, ex conuentione exequenda sit, ibi: *Peche la pena, y cumpla el fecho.* Ad quam respexisse videntur legum earum conditores, quas Taurinas dicimus *in d. l.* 68. iuncta opinione præcedenti, vt scilicet non soluto censu annuo vendito res commisso pereat, vt pœna illa, quia est apposita non adimplemento facti, sit exequenda. Altera verò lex est lex *fin. titul. & part. ead.* quæ videri poterat contraria, sed loquitur in pœna conuentionali, quæ apponitur obligationi numerandæ pecuniæ, quæ pœna proximè accedit vsuræ. Cum verò tota ratio vsurarum hodie ad id quod interest redacta sit. Quod longè latèque patet ex qualitate personarum & circumstantis rerum, locorum, & temporum, non deerant qui iure decidi hanc quæstionem posse negarent, sed totum committi arbitrio iudicis; quod quidem ratione non carebat, & tenebat Carol. Molinæus *de eo quod interest, num.* 33. & 173. Romanus ante eum *consil.* 510. *num.* 9. in quod quoque non leuis ratio decidendi ad legem Taurinam videbatur, id scilicet, quod suprema Tribunalia raro admitterent pœnam conuentionalem vltra id quod cuiusque interesset, *d. decisione.* 153. legum illarum ergo conditores lege illa Taurina constituerunt,
67 pœnam illam appositam non adimplemento facti esse exequendam, etiamsi talis pœna excedat duplum, *dict. l.* 34. *tit.* 11. *part.* 5. contra penultimam opinionem retulimus. Cùm autem ea planè scripta sit, & quadret 34. & videatur in hac specie census non soluti apposita pœna commissi abstulisse difficultatem quæ poterat insurgere, aliò ipsam retorquere, ad casum sine dubio nec potest, nec debet iudex; ipse enimmet Couarr. apertè legem illam ita accipit, vt ad id decisa & lata sit, scilicet cùm quis supra re sua, quam retinet, censum alteri constituerit, etiamsi dicat suprema Tribunalia aliter recipere illam legem. Suprema autem Tribunalia, aut Principem consulant de re du-
68 bia, aut legem accipiant in casu quo loquitur necesse est; cùm enim lata sit à Principe non recognoscente superiorem, qualis Rex noster Hispaniæ, glos. *in c. Adrianus,* 2. 63. *distinctione*; possidet enim Rex noster hoc Regnum Hispaniæ, vt dicit Felinus *in c. cùm non liceat, de præscription.* tanquam rem captam in bello; idem dicebat Cardinalis *in Clementina fin. de censibus, q.* 7. vbi
69 appellat Regem nostrum, Regem sui iuris, quasi nihil acceperit ab Imperatore;

re ; alia adducunt Auendañus , & Palacios Rubios *in principio, hic in repet rubrica de donationibus inter virum & vxorem*, ille *de exeq. mandat. Regum Hispaniæ*, Greg. Lop. *in l.* 1. *tit.* 18. *part.* 2. & licèt isti omnes intelligant, quod Reges Hispaniæ vendicarunt Hispaniam à Mauris , & verum quidem illud 70
sit ; iamdiu tamen iure proprio Hispaniam possidebant bello iusto captam à Romanis , qui Hispaniæ finibus , neglectis iuris humani & diuini legibus, turpiter agebant, factíque sunt Gothi illa ætate veri Domini , & iure successiuo posteris suis reliquerunt, quod non obscurè indicat mihi lex Gothorum antiquissima, quæ est lex 8. *lib.* 10. *del Foro iuzgo delos Godos, tit. delos partimientos*, cuius verba hæc sunt : *El departimiento que hy hefecho de las tierras e de los montes ente los Godos e los Romanos, en ninguna manero non deue serquebrantada , nen los Romanos deuen contrariar , nen demandar nada de las duas petes delos Godos , nen los Godos de la tercia parte de los Romanos , si non quanto les nos diemos. E los partimientos que fizieren los padres sos fillos nen so linagelo deuen quebrar :* expendo verba illa , *si non quanto les nos diemos* ; non licet vlli iudici aliò legem apertè retorquere , nec ab ea recedere : ita Diuus Augustinus *lib.* 71
de vera religione. In istis, inquit , *legibus temporalibus , quamuis de ipsis iudicent homines cùm eas constituunt & faciunt , postquam tamen facta & constituta sunt, non licet iudici de ipsis iudicare , sed secundùm ipsas.* Et habetur in *cap. in istis*, 4. *distinctione* ; & peccat iudex qui prætextu æquitatis quæ scripta non est , à verbis & mente legis recedit , quià resistit potentiæ & maioritati Regum. Et est *in cap. si quis, de maiorit. & obedientia. Qui principi non obedierit , morte moriatur. Lex igitur* 68. *Tauri*, quæ hodie est 1. *tit.* 15. *lib.* 5. *Ordinationum*, ad hunc sensum accipienda est quousque Princeps aliter lex interpretetur ; & ideò siue ex ratione huius legis , siue ex rationibus , de quibus suprà , quia in traditione rei meæ possum mihi reseruare integrum ius , siue quia pacta conuenta inter vasallum & dominum sunt seruanda , quia à principio liberè contrahitur, posteà verò necessariò conuentioni standum est , vassallus non soluto censu ex conuento pacto rem commisso amittet. Sit igitur verus sensus dictæ legis 68. vt loquatur in censu quem quis constituit super rem suam quam retinet alij soluendo , propter pretium census acceptum ; non verò cùm quis rem suam alteri tradit , & in traditione reseruat sibi censum singulis annis soluendum, addita conditione , vt si in solutione is qui rem accepit, cessauerit , rem iterum antiquo domino restituat , quia hic casus indignus est decisione Taurina. In priori autem specie versabatur maxima difficultas , de qua suprà , quæ decisa videri poterat ex prædicta lege : retento autem illo sensu sic intelligendum est , nouo iure Hispano illam legem Taurinam ex parte correctam esse, non enim ab anno millesimo quingentesimo trigesimo quarto licet super re 72
aliqua imponi censum , qui soluendus sit in frumento, vino, butyro , melle, & aliis id genus rebus, cum pacto de redimendo : itaque non licebat acceptâ pecuniâ vendere, neque emere annuum censum vini , olei , vel tritici cum pacto de redimendo , vt si ad certum tempus pecunia restituatur , emptori res libera remaneat , nec ampliùs census soluatur ; sed lex illa huiusmodi contractum emptionis ad pecuniam redigit , vt census non in fructibus soluatur , sed in pecunia , ad rationem vnius pro quatuordecim , quæ numerasset emptor. Quæ

lex legitimum pretium constituit censui redimibili soluendo in fructibus, vt non excedat in computatione facienda æstimationem vnius pro quatuordecim. Itaque non licebat lege illa lata pro quatuordecim aureis, quos nos ducatos vocamus ampliùs accipere nomine annui census redimibilis soluendi in fructibus, quàm vnum aureum ducatum, aut vinum, oleum, triticúmue quod vno ducato aureo comparari in foro possit; & hoc fuit pretium censui redimibilis fructuarij. In quo casu lex illa lata & recepta est, redigitque huius-
73 modi contractus ad legitimas vsuras, & potuit redigere ex fructu ad pecuniam istam constitutionem annui redditus fructuarij redimibilis; quia non solùm potest constitui census annuus in fructibus, quo casu nemo negat contractus huiusmodi validitatem; Ioannes de Medina Theologus, *de Restitutione cap. Duensibus*. Ioannes Maior *in 4. distinct.* 15. *q.* 42. & est extrauagans prima Martini Quinti, & extrauagans secunda Calixti Tertij, *sub titulo de emptione & venditione* inter communes: & multa Dominus Couarr. *variarum resolutionum cap.* 7. & Rebuffus *in l.* 38. *titul.* 8. *part.* 5. sed potest constitui super certa re, vt soluatur in pecunia; ita tenet doctissimus Couarr. *d. cap.* 7. Gregor. Lopez *dict. l.* 38. Antonius Gomez & alij *in d. l.* 68. *Tauri.* Et ita census ille, qui constitutus fuerat à principio in fructibus propter pactum appositum de redimendo, quod cum modicitate pretij suspicionem aliquam præbebat obscuratæ & obtectæ cuiusdam vsuræ, redactus est lege nostra ad pecuniam intra certos limites & fines legitimarum vsurarum, ad rationem vnius pro quatuordecim: sicuti arrestis Parisiensem Senatum annuos redditus frumentarios cum pacto de redimendo constitutos scimus in pecuniarios commutasse ad
74 æstimationem vnius pro quindecim: refert Carolus Molinæus *de contractib. quæst.* 21. & Repellanus *libro institutionum forensium*, 1. *cap.* 34. Atqui cùm hoc dispositum esset in censu constituto cum pacto de redimendo, nequibat lex extendi ad casum longè diuersum, scilicet vbi census anuus soluendus in fructu venderetur perpetuò, nullo adiecto pacto de reuendendo: & quamuis Aduocatorum pauci in hac quoque specie existimarent agendum condictione ex illa lege, eo quod ratio ipsius multò fortior inueniretur in contractu constituti census annui perpetuò, qui etiamsi pactum non haberet de reuendendo, in vera tamen computatione non adscendebat ad rationem vnius pro singulis quatuordecim, quod videbatur ex illa lege legitimum pretium census annui fructuarij & redimibilis, ob idque dicebant istos contractus perpetuos celebrari, vt reductio vitaretur, de qua in dicta lege Regia edita anno trigesimo-quarto; & ideò videri poterat argumento deducto à fortiori *auth. multò magis, C. de sacrosanct. Ecclesiis*, census istos annuos fructuarios, licèt perpetuos & non redimibiles, posse condictione illius legis reduci ad rationem vnius pro quatuordecim, præsertim illos qui in vera computatione ad eam rationem non ascenderent vt frequentissimum erat in modio vini annuo vendito perpetuò, soluendo pro decem aut duodecim aureis ducatis: & constabat modium vini semel comparari & vendi pro duobus ducatis: vnde in vera computatione emebat emptor annuum modium vini soluendum perpetuò, qui singulis annis veniebat pro duobus ducatis, idque pro pretio decem, aut duodecim ducatorum, & sic soluebat vnum ducatum annuum pro singulis quinque,

quinque, aut sex ducatis; quæ ratio longè distabat à legitimo pretio census etiam redimibilis, scilicet ad rationem vnius pro quatuordecim, quod lege illa fuerat constitutum censui fructuario redimibili; immò videbatur in huiusmodi contractibus inesse iniustitiam & iniquitatem maximam, quæ temperari deberet ex dicta lege Regia, quæ lata fuerat anno trigesimo quarto, licèt ipsa expressè de censu redimibili, non perpetuo loqueretur, cùm fortior in hoc esset ratio, quàm in illo, cùm non ascenderet ad rationem vnius pro quatordecim; aliis hanc sententiam reiicientibus, qui dicebant hanc quæstionem decidi posse ex iuris regulis, scilicet ex læsione vltra dimidiam, *ex l. 2. C. de resc. vend.* vel ex læsione enormissima, vel ex dolo, qui insurgeret ex ipsa re, *l. si superstitis, de dolo. C. quibus mod.* existimabant plerique & Aduocatorum vberiùs posse succurri huic malo, quia hæc remedia erant agnita à iure etiam Hispano; cúmque hæc reperirentur remedia ordinaria, non esse deueniendum ad eas cruces, vt nouam decisionem quæ decideret casum census redimibilis, extenderent ad hos contractus perpetuos: quæ quidem ratio benè admittebatur, & erat quidem verbis speciosa, sed internam continebat saniem; habebat enim tacitè secum difficillimam quæstionem, & ferè impossibilem probationem læsionis, siue vltra dimidiam, siue enormissimam, quia ad probationem læsionis videbatur recurrendum ad commune pretium; commune autem pretium, quod in ciuitate, & in regno, atque in foro publicè communi omnium commercio reperiebatur, non ascendebat ad eam rationem vnius pro singulis quatuordecim, itaque incipiebat dubitatio & quæstio, de legitimo pretio & valore cuiusque rei; item de communi, & an distinguerentur in huiusmodi contractibus, & an ab illo, an verò ex hoc, an ex vtroque probanda esset læsio, quæ in his contractibus reperiebatur: de fructibus quoque lucrandis, vel restituendis variè agitatum est; vt restituerentur, suadebat læsio, qua videbatur enormissima dolo ferè par, & æqualis; ex aduerso bona fides & titulus, denegatáque læsio pugnabant; stultissimúmque id genus hominum videri poterat, qui pluris census illos annuos in fructibus solvendos emeret, quàm publicè & communiter in foro, & in ciuitate sua venderentur, caram emptionem stultam esse, cùm vilis reperiretur, exprobraréque stultitiam ementis. Ex quibus excitatæ sunt in hoc Senatu maximæ lites, ex Senatoribus aliis in alias abeuntibus sententias, postremo consultus Senatus supremus Hispaniæ, re ad Philippum nostrum Regem Inuictissimum delata, lis nouâ editâ lege decisa est: quamquam typis adhuc excusa non est, addere libuit; vocant apud nos Gallecos vulgari verbo rustici *la pramatica de la quatorcena.*

DOn Philippe por la gracia de Dios, Rey de Castilla, de Leon, de Aragon, de las dos Cicilias, de Hierusalem, de Nauarra, de Granada, de Toledo, de Valencia, de Galicia, de Mallorcas, de Seuilla, de Cordua, de Cerdeña, de Corcega, de Murcia, de Iaen, Conde de Flandes, de Tyrol, &c. A los de nuestro Conseio, Presidente, y Oydores de la nuestra Casa y Corte y Cancilleri y al nuestro Regente, y Alcaldes mayores y ordinarios del Reyno de Galizia y otros iueyes y iusticias qualesquiera de todas las ciudades, villas, y lugares de los nuestros

stros Reynos y Señorios, y cada vno y a quarquiera de vos en vuestros Lugares y iurisdiciones aquien esta nuestra carta fuere mostrado, o su traslado sinado con autoridad de iuez, salud y gracia. Ya sabeys, que entendidos los grandes daños y inconuenientes que se siguen a nuestros subditos y naturales que con necessidades imponian sobre sus heredades y otras haziendas censos al quitar para los pagar en pan, vino, azeyte, leña, carbon, miel, cera, xabon, lino, gallinas, tocino, y otro qualquiera genero de cosas, que no sea dinero, por leyes de nuestros Reynos, especialemente la que se hizo en la Cortes que tuuimos en la villa de Madrid el año passado de mil y quinientos y treinta y quatro, esta prohibido y mandado que no se pudiessen fundar, ni instituyr semeiantes censos y tribuos al quitar, y que los que estuuieren puestos y fundados hasta el dicho año de quinientos y treinta y quatro, e se constituiessen e fuendassen de dy adelante se pagassen en dinero a respecto de mil marauedis per cada catorze mil de los que ouiere dado el comprador de los tales censos por precio principal, y porque somos informados que en el nuestro reyno de Galicia por contrauenir e defraudar a lo proueydo por la dicha ley, algunas personas han otorgado y otorgan contractos y escrituras en que se obligan de paguar algunas quantidades, medidas, o pesos delas dichas cosas, cargandolo sobre sus heredades y haziendas paralos pagar perpetuamente, como quiera que las palabras de los tales contratos suenan ser perpetuos los precios que por ellos dizen auer se dado y pagado son tam baxos, que considerado el valor que las dichas cosas tenian, el tiempo que se vendieron e impusieron por censos y tributos, no solamente no llegan a lo que es iusto precio de censos perpetuos, pero sale mucho menos de los dicho, catorze mil al millar, que las dichas nuestras leyes ponen por precio iusto a los censos aliquitar que se instituyen en las dichas cosas: lo qual redunda en mayor daño de los probes, que con necessidades que se les offrecen toman los tales censos, y de lo dicho y de otras conieturas se colige, que aunque suenan ser censos perpetuos, pero de intencion y voluntad de las partes son redimibiles, y dello algunas vezes hazen escrituras a parte, pero por no constar dello e de la dicha intencion de los contrayentes los iuezes ante quien han ocurrido pleytos tocantes a la execution y complimento de las dichas leyes han tenido ocasion de dudar en la determinacion y decision dellos, de que se ha seguido a los dichos nuestros subditos y naturales costas y gastos, y otros daños, sobre cuyo remedio platicado en el nuestro consejo, y con nos consultado, fue acordado que deviamos mandar, y mandamos que todos los censos y tributos que en el dicho Reyno de Galicia se ovieren ansi puestos y fundados por qualquiera persona, dende el dicho año de quinientos y treinta y quatro à esta parte en pan, vino, y otras qualesquiera cosas de las susdichas, cuyo valor reducido a su comun precio, que tenian al tiempo, y en los lugares que se fundo el dicho censo, salia a razon de catorze mil al millar, y dende a baxo, que los tales censos que assi se ovieren fundado, y fundaren de aqui adelante, se paguen a razon de mil maravedis por cada catorze mil de los que oviere dado el comprador, y sin ambargo que en las dichas escrituras que dello se otorgaren, o ovieren otorgado suenen ser censos perpetuos se ayan de juzgar, y tengan por redimibles, y con tales se puedan juzgar, pagando la suerte principal, y en todo se juzguen por las leyes que hablan en los censos redimibles, y los que salieren a mas precio delos dichos catorze al millar, como no lleguen a veinte mil, queriendolos la parte del

deudor

deudor reduzir y pagar por ellos a razon de catorze mil al millar, lo pueda hazer, y los tales cenſos ſe tengan y juzgan y juzguen por redimibles, aunque la eſcritura los llame y nombre perpetuos, quedando ſu derecho a ſaluo al dicho deudor que ſto no quiſiere para ſeguir ſu juſticia contra el ſeñor de cenſo ſobre el engaño e iniquidad del tal contrato como viere que le conviene. Y en quanto a lo corrido de los dichos cenſos, mandamos que los corridos deſde el dia de la conteſtacion ſe reduzgan y paguen al dicho reſpecto de catorze mil al millar, condenando a los dueños en reſtitucion de lo que mas ouiere llevado deſde el dicho dia, abſolviendolos y dandolos por libres en lo de antes: lo qual mandamos ſe entienda en los dichos cenſos, que como dicho es ſuenan ſe perpetuos, ſin que aya avido concierto, o contra eſcritura que los haga redimibles para ſiempre, o temporalmente, porque coſtando aver avido tal concierto e contra eſcritura, los tales cenſos ſe han de tener y juzgar ſin diſtinction de precio, ni diſtinction de tiempo por redimibles, ſegun los demas que eſtan dichos, y los unos, y los otros no hagades ende algo, ſo pena de la mi merced, y de diez mil maravedis para la nueſtra Camara. Dada en el Pardo a diez y ocho dias del mes de Hebrero, de mil y quinientos y ſecenta tres años.

YO EL REY.

Yo Antonio de Eraſſo ſecretario de ſu Mageſtad Catholica la fize eſcrevir por ſu mandado,

D. EPISCOPVS SEGOVIENSIS.
El Licenciado PERO GASCO.
El Licenciado IVAN THOMAS.
El Licenciado RODRIGO VAZQVEZ ARZE.
El Doctor LVYS DE MOLINA.

Cuius legis tres partes dignoſcuntur: in priori omnis contractus cenſus 76 annui, etiam perpetui, ſoluendi in fructibus, reducitur ad pecuniam ſoluendam ad rationem vnius pro quatuordecim, ſi facta computatione pecuniæ acceptæ pro cenſu annuo cum pretio fructus, ratio ipſa computationis non excedat rationem vnius pro quatuordecim, taliſque cenſus, velit nolit venditor, in pecunia ſoluendus eſt ad eam rationem, quouſque omnino oblatâ integrâ pecuniâ redimatur, & hoc in priori parte; in ſecunda verò, ſi facta computatione ratio excedat vltra modum vnius pro quatuordecim vſque ad vnum de viginti, in facultate venditoris eſt reducere ad pecuniam, vel ſoluere fructus ſi velit, ſi verò ſemel reduxerit ad pecuniam, in poſterum in pecunia ſoluat neceſſe eſt, quouſque redimat oblatâ integrâ pecuniâ; quia ſemel 77 redimibilis cenſus perpetuò eſt redimibilis; quod ferè tenet in terminis doctiſſimus Couar. *variar. reſolut. lib. 1. capit. 9. num. 8. verſic. ex vltima verò ratione*: tertiam verò partem huius legis intelligimus ex præcedentibus, vt ſi facta computatione ratio ipſa attingat modum vnius pro viginti, non eſſe locum reductioni, ita vt intelligere poſſimus iuſtum & legitimum pretium in hoc regno Galleciæ cenſus fructuarij perpetui ex huius legis diſpoſitione eſſe, ſi ratio ipſa aſcendat ad modum vnius pro viginti; ita enim videtur in-

 intelligen

telligendum, quia reductio inducta in duplici casu priori, inducit contrariam firmitatem in hoc casu tertio, argumento textus *in l. cùm prætor*, cum vulgatis, *ff. de iudiciis.* Itaque ex hac legis nouæ decisione constitutio census annui, ad rationem vnius pro quatuordecim & infra, est beneficio huius legis redimibilis, velit nolit venditor: constitutio verò eiusdem census fructuarij ad rationem vnius pro quindecim, & eo amplius vsque ad vnum de viginti, est redimibilis si velit venditor census. Ex his duobus intelligimus tertium casum, vt census qui constitutus reperiatur ad rationem vnius pro viginti firmus sit sine metu reductionis ad pecuniam.

78 Ex quibus in hoc nostro Regno restat decisum hodie, iustum pretium census perpetui & fructuarij censeri id quòd æstimetur ad rationem vnius pro viginti, vnde iam nobis Gallecis extante hac lege nullum negotium facesset inquisitio iusti pretij census perpetui & redimibilis fructuarij, moribus, lege & consuetudine apud exteros recepti; nec iam multùm laborauimus circa *consil.* 180. Guidonis Papæ, & decisionem Conradi *de contractibus*, *q.* 84: & Carol. Molin. *de contractibus. q.* 5. *num.* 117. qui existimabant iniquum esse pretium annui redditus etiam redimibilis, quando id minus sit quàm ad rationem vnius pro viginti: & ita dicebant obseruari in Delphinatu, & apud Germanos, & Gallos, alibi autem constituebantur ad rationem vnius pro quindecim, idem Conradus *q.* 83. *conclusione* 2. Apud Gallos etiam alibi obseruari tradit Carolus Molin. *d.q.* 5. *num.* 125. Aliam rationem tradebat Tiraquellus *lib.* 1. *de retractu*, §. 1. *gloss.* 6. *num.* 19. vt emptio annui census redimibilis facta ad rationem vnius pro duodecim toleretur; si verò fiat ad rationem vnius pro decem, vel vndecim, reducatur ad rationem vnius pro quindecim: si verò constituatur ad rationem vnius pro octo, & eo minùs, tunc tanquam nequissimus contractus, in quo desit iustitiæ fundamentum, omnino non sustinetur. Ita obseruari apud Regia Tribunalia testatur Tiraquel. *vbi supr.* & alij quos refert doctissimus Couarr. *variarum resolut. lib.* 3. *cap.* 10. quorum quæ ipse adducit ad nostram legem pleraque necessaria sunt, qui apud Hispanos in Bætica ait hos redditus annuos constitui ad rationem decimæ; at verò apud Carpentanos & Vascæos, quos nos nostro nomine dicimus Castellanos, constitui ad rationem vnius pro duodecim, vel quatuordecim, & cùm hæc reperirentur diuersarum gentium exempla, supremo Senatui placuit, vt huiusmodi census fructuarios, qui non attingerent rationem vnius pro viginti, soluerent venditores in pecunia ad Rationem vnius pro quatuordecim: quâ vnâ re illud certè obtinuerunt, vt ratio annui census perpetui & fructuarij intelligatur, quæ in vera æstimatione æquat & attingit modum vnius pro viginti, argumento glossæ *in authent. perpetua*, *Cod. de sacros. Eccles.* quam approbat Salycet. *quæst.* 5. *ibi*, & Tiraquel. *lib.* 1. *de retractu*, §. 1. *glos.* 6. *num.* 19. & Carol. Molin. *de contract. quæst.* 5. *num.* 118. per textum *in authent. de alienatione & emph.* §. *si verò alicuius*; idque ea ratione existimabant, quia ex decisione illius textus iustum pretium fundi sit quantùm viginti annis fundi fructus effecerint, deductis expensis: ibi enim pensio illa emphyteusis Ecclesiæ censetur iusta & legitima, quæ viginti annis faciat æstimationem rei: quo argumento Accursius & alij existimabant pretium rei esse fructus viginti anno-

rum

rum, & Carol.Molin. Conradus & alij existimabant pretium iustum & legitimum census fructuarij & perpetui esse id, quod in vera computatione æstimetur ad rationem vnius pro viginti: quod quidem nostra lege ferè decisum est, quamuis alij aliter senserint, quorum opiniones vide apud doctissimum Couar. *variarum, lib.3. cap.9. num.5.* Hodie enim nobis Gallecis, iam lege lata nullum negotium facessere videntur illæ opiniones, de quibus Pinellus *in l.2. de rescind.vend. 3.part.ad finem, num.29.*

Item aduertendum est, quod sicuti ex hac nostra lege videtur definitum legitimum & iustum pretium censui perpetuo fructuario; ita quoque definitum est iustum & legitimum pretium censui fructuario redimibili, scilicet ad rationum vnius pro quatuordecim; idem enim est si receptis quatuordecim ducatis aureis, enumeres quotannis vnum ducatum aureum, vel fructus, qui in foro vno aureo ducato possint comparari. Itaque ex hac lege habemus iustum & legitimum pretium census fructuarij redimibilis. 80

Nec existimes, ex eadem lege constare pretium census pecuniarij redimibilis, etiamsi census in fructibus constitutus ad eam rationem reducatur: quod quidem ex *dict.l.edita, à num.34.* in specie concludit Couar. *dict.cap.10. lib.3. variarum, num.3.* adhuc enim integra difficultas est, quod sit iustum pretium census pecuniarij redimibilis: in quo opiniones illæ, de quibus à nobis *n.78. & sequenti* actum est, obseruandæ sunt, & inter illas plurimùm poterit consuetudo patriæ, in quibus fiunt istæ venditiones, argumento Extrauagantis Calixti Tertij, inter communes, *de empt.& vend.* quæ plurimùm tribuit consuetudini loci, & ciuitatis, ibi: *Quod à centum annis citra & supra, & à tanto tempore, & per tantum tempus, cuius contrarij memoria hominum non existit, in eisdem ciuitate & diœcesi ac partibus aliis vicinis quædam consuetudo rationabilis, obseruata, præscripta ac moribus vtentium obseruata ad communem hominum vtilitatem introducta fuisset.* Idem reperitur *in Extrauaganti sequenti*, & sentiunt superiùs adducti, *dict. num.79. hoc capite:* vnde in hoc regno fortassis hodie poteris emere censum pecuniarium ad rationem vnius pro duodecim, fructuarium non item. 81

Item in actione illius nouæ legis non veniunt fructus, qui cesserunt ante litis contestationem, sed illi duntaxat, qui post litem contestatam cedunt; vnde in causis executiuis & summariis, vbi non est litis contestatio, ipsa oppositio habet vim & effectum litis contestationis; in causis enim summariis primus actus repugnans & contradicens sustinet vicem litis contestationis, & ob id effectum quoque, Bald. *in l.nulla*, & *in l.nihil, Cod. de procuratoribus.* Card. *in Clem. const. §.si, in fin.de electione.* Abb. *in cap.insinuante, in fin.de offic.delegati*, Felin. *in cap.cùm olim, de accusationibus.* Pari de Puteo *in tractatu sindicatus, in vers. sententia*, Maranta *de ordine iudiciorum, de positione, seu de articulorum productione, num.3.& 4.* & cùm executio fiat plerumque de censu qui iam cessit ante iudicium executionis, meritò ex dispositione legis nostræ præcipitur vt soluatur census qui cessit in fructibus, atque in posterum fit reductio eiusdem census fructuarij ad pecuniam, ad rationem vnius pro singulis quatuordecim; quæ practica videtur de mente dictæ nostræ legis, licèt aliquibus aliud videatur, qui intra rationem vnius pro quatuordecim, cessent census 82 83

sus hos ipso iure esse factos redimibiles, ex hac lege; & verba illa absoluendo, intelligunt de consumptis, & non malè; illi verò expendunt verba legis, ibi: *Y en quanto à lo corrido.* Subobscura verba sunt, quæ interpretatione egent nouâ, quæ omnia fuerunt nobis adducenda *ad l.68.Tauri*, quæ est inter leges nouè compilatas, vt correcta ex hac nostra lege in hoc Regno sit; & pertinuerunt ad pacta conuenta inter Dominum & vassallum. Hactenusque de luctuosis quæ soluuntur dominiis iurisdictionem exercentibus ex vsucapione, vel vsurpatione temporis, cuius memoria non extet in contrarium.

84 De luctuosis autem, quæ alio nomine *Abbadiæ* dicuntur vulgari verbo, & proprio in hoc Regno alia ratio est; est enim *Abbadia*, præstatio quæ datur è bonis emortui parochi, rectori parochiali, lectulus videlicet, vestisue, bos, vel quid aliud; & differt à luctuosa vsu forensi, quia hoc nomine propriè intelligimus in hoc Regno præstationem illam, quæ datur Domino habenti iurisdictionem; at verò abbadia datur rectori Ecclesiæ: de hac abbadia meminere plures, Ias. *in l.res obligata, ff. de legat.*1. Capella Tolosona *quæst.*387. *&* *quæst.*388. Innocentius & Hostiensis *in cap.ad Apostolicam, de simonia.* Henricus & alij *in cap.Iacobus, de simonia.* Cassadorus *decisione* 1. Couarr. Doctissimus *lib.*1*.variarum resolutionum, cap.*27. Dinus *in l.vestimentum, ff.de auro & argento legato:* in qua re longè alia inuestigatio est; hæc enim præstatio cùm non habeat causas odij, nec percipiatur ab eo qui alias compellere possit, longè habet à se violentiæ præsumptionem; immò nulla hîc reperitur ex his quæ de luctuosa diximus; & ideò cessat præsumptio violentiæ, de qua Docto-
85 res *in dict.cap. quod latenter.* Immo habet causas fauoris apertè, postquam Rectori Ecclesiæ soluuntur, vnde non requirimus immemorialem probationem, sed sufficit ordinaria præscriptio decem annorum cum actibus, qui, vt diximus hoc capite, possunt inducere scientiam & tacitum consensum maioris partis parochianorum. Ita tenet Couarr. *vbi sup.* ex Cassiadori decisione, & rationi conuenit: quoniam scilicet cessant omnes causæ quæ in luctuosa immemorialem probationem requirunt, scilicet præsumptio metûs & coactionis.

86 Et vtrum hoc casu rector, qui debet habere meliorem vestem parochiani sui decedentis, habere debeat vestem scissam, necdum consutam, neque perfectam, & quæ adhuc sit penes sartorem? dic quod sic, per textum *in l. & si non sunt, §. quid ego, & fin. l. vestimentum, ff. de auro & argento legato:* & ita concludit Capella Tolosano 387. Idemque de veste parochianæ habentis maritum, dum tamen sit quotidiana; nam pretiosiores vestes non sunt coniugis, vt diximus capite proximo: ita tenet Capella Tolosana *decis.* 388. Adde, quod si vestes hæ, quas habiturus est rector, vigore huius consuetudinis habeant aliquid affixum vel appensum; veluti clauos aureos, vel orbiculos aureos adstrictorios, vulgò *Botones*, vel laminam auri, vel argenti, quòd rector habebit cum veste illud
87 quod vesti est affixum, vel appensum; quia in legato vestium venit affixum vesti: quod in specie tenet Stephanus Aufrerius in additione ad Capellam Tolosanam, *d.q.*387. Item si vestis, vel res quam habiturus est rector nomine Abbadiæ sit pignorata, hæres non tenetur luere, sed rector luet si velit. Ita tenet Ias. *in l. si res obligata, ff. de leg.*1*. num.* 25. Igitur hæc consuetudo continet

contineт fauorem, ob idque longè distat à regulis quas de luctuosis tradidimus, ideóqve minori tempore acquiritur abbadia, si modò actus reperiuntur qui inducere possint tacitum populi, aut maioris partis consensum, vt diximus hoc capite; laudabilis est enim consuetudo, & compelli debent parochiani soluere has abbadias, maximè hoc infelici tempore, in quo omnis deuotio perit circa Deum & eius Ecclesias, vt in simili dicit Rebuf. *In concordatis sub titul. de publicis concubinariis, §. quia verò, in glos. fin.* vbi ex hac consuetudine, quam vocat laudabilem, cum decisione textus *in cap. ad Apostolicam, de simonia*, ait prolatum fuisse arrestum in Curia Parlamenti Parisiensis contra quosdam laicos, qui appellarant ad Curiam Parlamenti, tanquam ab abusu, quòd compellerentur à iudicibus Ecclesiasticis soluere aliquid parochiali rectori, iuxta consuetudinem obseruatam ibi pro sepulturis, & benedictionibus nubentium, & aliis spiritualibus, alioquin, vt ipse ait, non possent curati viuere, cùm nihil habeant certi, neque integræ decimæ soluantur; & cùm ministrant spiritualia, iustum est vt corporalia metant. Hæc Rebuffus, quæ sustineri & permitti ait in Senatu Parisiensi ex hac ratione quod sit laudabilis hæc consuetudo: quo fit vt iniquè Burgos de Pace confuderit luctuosas cum his abbadiis, *in l. Tauri, num.* 312.

Has autem causas fauoris consideramus respectu ipsius rectoris; vnde si 88
abbadia alteri soluatur quàm rectori, tunc quidem cessat ratio fauoris & inducitur odium, vt eo iure censeatur, quo luctuosa; nec tunc sufficit tempus ordinarium, sed immemorialis præscriptio erit necessaria cum qualitatibus, de quibus suprà; istud autem in hoc Regno receptum est; Domini namque locorum in hoc Regno Gallecíæ hoc iure gaudent ex consuetudine & priuilegio concesso ante Lateranense Concilium, quod celebratum fuit tempore
Alexandri tertij, anno Domini millesimo centesimo septuagesimo nono, vt 90
bene aduertit doctissimus Couarr. *variarum lib.* 1. *cap.* 17. apud quem vide, quod meritò nobiles possunt habere has decimas ex concessione Pontificia ante Concilium Lateranense, vltra quem & quos ipse adducit; aduerte quod hæc quæstio est ferè nostri Senatus propria, quia in hoc Regno ferè omnes nobiles habent harum decimarum percipiendarum ius hoc, aut concessionem; licèt enim laici incapaces sint earum, hoc est iure decimandi, decima verò ipsa, hoc est ipse fructus ad laicum pertinet, & pertinere potest ex hac concessione glos. *in c. peruenit.* 1. *q.* 3. *verb. laicalibus* similis: glos. *in c. quoniam* 16. *q.* 1. *verb. non licere*, similis glos. *in c. quamuis, de decimis*, quæ optima est in proposito. Abb. *in c. ad hanc, de decimis* Collect. *in c. querelam, ne Prælati vices suas.* D. Thomas *quodlibet.* 2. *art.* 8. Ob idque ex concessione 92
ante Concilium Lateranense iustè obtinent laici has decimas, Capella Tolosana ita pronunciauit *q.* 439. vbi bona additio Stephani Aufrerij. Guid. Papæ *q.* 288. Carol. Molin. *in consuet. Parisiensib. tit.* 1. §. 46. *num.* 18. Baldus *de præscrip.* 5. *parte principali, q.* 7. Couar. *variar. d. lib.* 1. *cap.* 17. vnde istæ decimæ concessæ laicis, quas possident ante Concilium illud, dicuntur beneficia pa-
trimonialia, Guillelm. Benedict. *in repetitione cap. Raynutius, verbo, duas* 93
habens filias, num. 58. Bartholomæus Chassan. *in consuetudinibus Burgundiæ*, §. 6. *rubrica* 1. *verbo, des iustices, num.* 35. dicuntur etiam præstimonia patrimonialia.

trimonialia. Ioannes Staphileus *de literis gratiæ, in quinta forma, numer.* 3. & in hoc regno nobiles habent hæc beneficia patrimonialia ex concessione
94 Pontificia iam inde ante prædictum Concilium, & iustè istas decimas percipiunt, annóque millesimo trecentesimo nonagesimo, apud Ioannem huius nominis Primum, Henrici item primi, qui Petrum Regem interfecit, filium, cùm esset Guadalaiaræ Episcopi conquesti sunt de nobilibus, quòd contra humana & diuina iura decimas percepissent, quæ sibi & Sacerdotibus deberentur, qui spiritualia ministrarent; auditique sunt nobiles, qui asserebant se decimas illas possidere & percipere ex concessione Pontificia iam inde ante Concilium Lateranense, & ab eo tempore cuius contrarij memoria non extabat, neque esse modò post tantum tempus adeóque diuturnum perturbandos, qui Ecclesias fundassent, erexissent, & dotassent, terrámque vindicassent ab hostibus: res apud Senatores Regios agitata hinc inde est, qui tandem pronuntiarunt, non esse ampliùs de ea re agendum Episcopis, nobilésque iustè decimas percipere, nec esse ampliùs inquietandos, nec perturbandos; & est latissimè in chronica Ioannis Primi Regis Castellæ, & Legionis, *cap.* 10. quæ circumfertur cum chronica Petri Regis Hispani. Rursúmque illa quæstio excitata est anno millesimo quadringentesimo nonagesimo secundo, apud Ferdinandum & Elizabeth Reges Hispaniæ, qui mandatis literis ad Senatores qui erant in Galleciæ Regno, rem iterum composuerunt eo modo, vt nobiles minimè in sua possessione percipiendi decimas perturbarentur, literarum hic tenor est:

Nuestro Gouernador y Alcaldes mayores, nos avemos sabido (que vosotros, o alguno de vos con peticion de algunas personas Ecclesiasticas y seglares, aueys conoscido, y conosceys de algunos negocios y causas tocantes à los beneficios que en esse Reyno han posseydo, y posseen algunos caualleros, posseyeron sus antecessores y personas de quien ovieron y tienen causa, y pretenden,) les quitays les tales possessiones: de lo qual algunos dellos se han quexado delante nos, y por el tiempo que nos mandamos entender en esto al Reuerendo in Christo padre, Obipso de Catania, solamente fue que oviesse informacion de la manera que los tales caualleros y personas posseyan los tales beneficios, y ansi la embiasse, para que diessemos forma de segurar sus consciencias, y con acuerdo de algunos perlados de nuestros reynos, y personas de nuestro Conseio, y etretanto mandamos no hiziesse novedad alguna en la prouision y possessio de los tales beneficios, y sobre ello le hemos escripto. Porende nos vos mandamos, que hasta tanto que assi mandaremos provéer lo que cerca delos dichos beneficios en este dicho regno se deve hazer à peticion de parte, ni por innocacion del dicho Obispo, ni in otra manera no quiteys, ni dispoieys de la possession delos dichos beneficios, ni de algunos dellos à los dichos cavalleros y personas legas que los posseen, y los han posseydo, ellos y sus antecessores, y personas de quen ovieren causa. Y si hasta aqui lo ovieredes hecho, o han sido quitados algunos delas dichas possessiones, los torneys à restituyr à las personas que los tenian y posseyan, segun lo posseyan antes. Idémque constitutum esse apud Gallos testatur Chas-
96 saneus *vbi suprà, d. numer.* 35. Quod, quantum coniector, sensit quoque Sacrosancta Synodus Tridentina *sessione* 25. *capite de reformatione*, 12. his verbis:

verbis : *Præcipit igitur sancta Synodus omnibus, cuiuscunque gradus & conditionis sint, ad quos decimarum solutio spectat, vt eas, ad quas de iure tenentur, in posterum Cathedrali, aut quibuscumque aliis Ecclesiis vel personis quibus legitimè debentur, &c.* Ex quibus verbis non obscurè de nobilibus, qui legitimè percipiunt has decimas, intelligere poteris ; & quia ista beneficia sunt patrimonialia, instar patrimonij possunt vendi, permutari, in dotem dari, 97
obligari, & veniunt in iudicio familiæ erciscundæ. Sotus *de iustitia & iure lib.9. cap. 4. art. 3.* & *cap.7. art. 1. glos. verb. & indicem, in cap. Saluator, 1. quæst.3.* Gregor. Lopez *in l.22. titul. 20. part.1.* contra Abbatem *in cap. prohibemus, de decimis*, & facit pro his quæ adduximus consilium Barbariæ 35. & 45. Chassanei. & Zazius *de feudis 4. part. numer.* 18. & infert Gregorius Lopez *vbi suprà*, quod Rex noster Philippus potest alienare tertias quas habet decimarum, ex priuilegio Sedis Apostolicæ ; & Guillelmus Benedictus 98
vbi sup. quod id sustinetur in Francia : ego autem sæpiùs vidi in hoc Senatu Galleco sustineri venditiones, permutationes, locationes harum decimarum, & quotidie deducuntur in iudicium familiæ erciscundæ, & retrahuntur iure retractus, sicuti auita reliqua bona, & vidi latas plures sententias, etsi nouis Senatoribus, qui ab scholis quotidie ad nos veniunt, noua res semper visa sit : subdit Soto *vbi sup. lib.10. quæst. 4. art.3. ad finem.* quod ex hac ratione, 99
scilicet ; quòd hæc beneficia sint patrimonialia instar bonorum secularium, quòd tales decimæ concessæ laicis non possunt collectari per Episcopum, eo casu quo necessarium sit collectari decimas pro Ecclesiæ necessitate, siue vt reparetur, siue ob aliam rem similem : vnde ait quod manus Episcopi non extenduntur ad has decimas laicorum. Quæcumque igitur iusserit Episcopus fieri ex istis decimis laicorum, quia sunt instar patrimonij, respectu cuius Episcopo nulla potestas est, & ita iam semel contra Episcopum Lucensem in hoc Senatu iudicatum est, in causa tanquam de vi & violentia, nobilis de eo conqueri poterit. Hi igitur nobiles Gallecíæ propter hoc ius decimarum quas habent, sæpè abbadias quoque percipiunt, sicuti & rectores Ecclesiarum ; in his igitur nobilibus nullæ sunt causæ fauoris, ideóque immemoriali egent possessione exactissimè probanda circumstantiis, de quibus suprà egimus.

CAPVT X.

De vsufructuario expendente : traduntur aliqua de vsufructu vniuersè.

Notabilia ex capite decimo.

1 *Vsufructus variè à Iureconsultis consideratur, & variè de eo constitutum est : agitur de* lege 4. ff. de vsufruct. *& de* lege recte, ff. de verb. signif.

2 *Pater in bonis filij, in quibus habet vsumfructum, est instar domini, & vendicationem habet.*

3 *Defenditur interpretatio Bartoli ad illa duo iura contra Franciscum Connanum, Alciatum, & Pinellum.*

4 *Fundus consideratur dupliciter, vt est res corporea, & quatenus pertinet ad ius: & ita duplices habet partes.*

5 *Vsusfructus est pars substantialis fundi,* & num.6. *seruitus est genus, vsusfructus est species,* & num. 7. *pars propriè est species,* & num.8. *Bartholi verus sensus ad illas duo iura.*

9 *Seruitutes nec consistunt ad tempus, neque ex tempore; vsusfructus contrà & diuiduus est contra naturam reliquarum seruitutum.*

10 *Vsusfructus est ius & veluti res corporea & alibi pars fundi.*

11 *Agitur de lege* 1. ff. de vsufructu legato, num.12. *traditur declaratio noua ad literam contra Pinellum, & quos ipse refert,* & num. 13. *quod nomine bonorum veniunt iura, & actiones.*

14 *Quid sit seruitus personalis,* & num.15. *quid sit seruitus realis,* & num.16. *Accursius parum edoctus mensuras antiquorum.*

17 *Legato pluribus vsufructu omnes concurrunt, & quomodo fruantur,* & n. 18. *quod non sit tradendum generaliter de vsufructu.*

19 *In materia vsusfructus receditur à verbis testatoris expressis propter iuris rationem.*

20 *Legato fundo vni, deinde alteri vsufructu, diuiditur vsusfructus, & reperitur coniunctio.*

21 *Defenditur communis & recepta interpretatio* ad l.Proculus, ff. de vsufructu, *contra Pinellum,*& num.22. *rationes communis opinionis,* & num.23. *quòd communis opinio probatur* in d. l. Proculus, & num.24. *ratio interpretationis.*

25 *Legato vsufructu cum facultate, vt vsufructuarius de re disponere possit: res censetur legata etiam quoad proprietatem.*

26 *Decisio legis* Proculus, *habet locum, tam in vltima voluntate, quàm in contractu inter viuos.*

27 *Agitatur quæstio illa, an vsusfructus possit vendi,*& num.28. *referuntur Scribentium opiniones,* & num.29. *adducuntur iura, quæ in hac specie reperiuntur,* & num.30. *referuntur Iureconsulti, qui de ea re constituerunt.*

31 *Adducitur ius Hispanum inter has opiniones,* & num.32. *in quo differat à iure communi, in quo quadret.* & num.33. *quæ opinio Doctorum quadret cum iure Hispano,* & num.34. *opinio Arij Pinelli, & Balduini, traditur,* & num.35. *exponitur litera* §. *finalis legis* necessariò, ff. de periculo & commodo rei vendit. & num. 36. *refellitur intellectus Pinelli* ad §. fin. d. l. necessariò.

37 *Quæ sunt iuris, ea perpetuò apud nos sunt, & nunquam à nobis amouentur,* & num.38. *traditur verus intellectus* ad dict.§. finitur, & num. 39. *traditur resolutio vera ad quæstionem.*

40 *Iura quoque venduntur sicuti res aliæ corporeæ, & habemus iura sicuti res nostras.*

41 *Si*

41 *Si quis vendat vsumfructum, simpliciter videbitur in dubio vendidisse ius & facultatem colligendi fructus, quam commoditatem vocamus*, & num. 42. *si vendat vsumfructum, adhuc conuenitur vt vsufructuarius*, & numero 43. *quòd adhuc procuratorio nomine nuntiat nouum opus*, & numero 44. *adhuc de damno conuenitur.*

45 *Pater in bonis maioratus filij habet vsumfructum*, & num. 46. *an si is qui vsumfructum reliquit, prohibeat patri eius acquisitionem, pater adhuc habeat commoditatem.*

47 *An vsusfructus possit confiscari*, & num. 48. *quæ non possunt alienari per contractum, vel vltimam voluntatem, non possunt confiscari.*

49 *Quod paciscendo qui efficere non potest, nec delinquendo*, & num. 50. *infertur ad casum vtilem & quotidianum.*

51 *Quæ non transeunt ad hæredes extraneos, non confiscantur, & de feudo, & emphyteusi Ecclesiastica.*

52 *Meliorationes factæ in emphyteusi vel feudo Ecclesiastico confiscantur, licèt in feudo difficultas sit, & de iurepatronatus, & fideicommisso remissiue.*

53 *Si quis vsumfructum leget, vel relinquat, ita tamen ne alienet, an deliquendo alienare possit.*

VSufructuarius quoque expendit item & meliorationes facit, vt verò intelligas, quid quantúmque ius in hoc sit, vt expensas conseruet suas, item & meliorationes, aliqua præiacienda sunt de vsufructu, quæ variè è Scribentibus traduntur; in aliquibus enim vsusfructus pars est dominij, in aliquibus verò non, immò seruitus est; aliquando cum proprietate reperitur coniunctus, & instar rei corporeæ est, aliquando separatur è proprietate, aliquando cum proprietate est coniunctus. Ob idque variè circa expensas, & meliorationes expenditur, & iudicatur; alia enim ratio in domino expendente est, alia in eo qui dominus non est, alia in eo qui rem ad se modis omnibus pertinere censet, alia in eo qui cum vita extinctum quoque vsumfructum esse arbitratur: sunt autem in hoc iura, quæ desiderio videri poterunt, *l.4. ff. de vsufructu*, vbi Paulus ait: *Vsusfructus in multis pars est dominij, & extat vel præsens, vel ex die dari pooest.* Et *l. rectè dicimus, ff. de verborum signif.* vbi idem Paulus: *Rectè dicimus* (ait) *eum fundum totum nostrum esse, cuius vsusfructus alienus est, quia vsusfructus non dominij pars, sed seruitutis, vt via & iter.* Quæ iura videntur contraria, cùm alterum responsum vsumfructum faciat partem dominij, alterum verò non. Arius Pinellus *in l.1. C. de bonis maternis, part.3. in principio*, cumulat intellectus ad duo illa iura, & tandem residet in illa opinione quæ fuit Connani *commentariorum iuris, lib. 4. cap.3. & cap.6.* & ante eos fuit Azonis *in summa de vsufructu, num. 2.* & Accursij *in dict. l.4.* & ibi Bald. & Fulgos. & post hos Alciatus *in dict. l. rectè, num.7.* vt scilicet duo illa iura sint veluti regula & exceptio, itaque dicta lex *rectè*, contineat regulam; at verò dicta lex 4. exceptionem, adeò vt verum sit, quod vsusfructus non sit pars dominij: dari autem casus aliquot, in quo vsusfructus non sit pars dominij: dari autem casus aliquot, in quo vsusfructus pars dominij censendus sit, quæ sit instar, & similitudinem dominij, vt est in patre 1

 vsum

vsumfructum habente in bonis filij, qui vsufructuarius cùm sit, dominus nihilominus est, & habet vendicationem proprio nomine rerum earundem, in quibus habet vsumfructum, *l. 1. C. de bonis maternis*, ibi: *Atque ita omnia agere, tanquam solidum perfectumque dominium eorum eis acquisitum fuisset. l. cùm oportet, §. non autem*, ibi: *Plenissimam potestatem. C. eod. l. fin. § fin. eodem.* Et quamuis pater habeat plenissimam potestatem, & similis sit domino, adhuc tamen vsufructuarius, & formalem vsumfructum habet separatum (quod aiunt) à proprietate, quæ est penes filium. Ita censet Ioannes Lupus de Falacios Rubios *in repet. rubricæ, dict. §. 42. num. 13.* Castillo *in l. 48. Tauri*, Pinellus *in dict. l. 1. part. 3. n. 25.* In aliquibus tamen similis est domino, & eius vsusfructus similis est dominio, vnde multa specialia in patre colligit Pinellus vbi suprà *n. 16. cum seq.* quæ non reperiuntur in aliis vsufructuariis, quæ videre poteris, & aliqua sunt nobis attingenda capite sequenti.

2 Ex qua solutione glossæ & Azonis, Coñani, Pinelli, & Alciati, & Biglij item, vt inferius videbimus, scilicet *ad dict. l. 4.* & *ad l. rectè dicimus*, restat, quod nisi expresse aliquid in iure expressum sit, quod vsumfructum faciat similem dominij, semper vsusfructus distinguitur à dominio, & sunt diuersa. & separata: & licèt Arius Pinellus *in dict. l. 1. num. 2. part. 3.* recedat ab opinione Bartol. *in l. qui vsumfructum, ff. de verborum, num. 3. & aliis,*
3 tamen Bartol. ibi si maturè expendatur, rectè ait vsumfructum non esse partem fundi corpoream, sed bene esse partem substantialem fundi, hoc est dominij quod in fundo habemus. Possumus enim considerare fundum, vt res corporea, separatum à iure. Tunc quidem vsusfructus non est pars fundi, sed sylua, ager,
4 domus, hortus, campus, mons, & alia id genus corpora: hæc partes sunt fundi, sicuti domus partes tabulata, parietes, tigna, & tectum. Si verò accipias fundum, consideratâ ratione iuris, pro toto dominio quod in eo habemus, tunc quidem alia ratio est; partes enim substantiales huius dominij quod habemus in fundo, & sic huius fundi, sunt duæ partes substantiales, proprietas & vsusfructus, hæque integrales; integrè enim constituunt hoc totum, scilicet ius, vel dominium quod habemus in fundo, vel ipsum fundum; & sub hac ratione iuris & dominij, quod ministerio iuris habemus, nec rectè dicemus tunc syluam esse partem fundi, cum in ipsa sylua proprietas & vsusfructus reperiatur, idémque de monte, horto, pascuis, & aliis id genus
5 partibus; & hoc modo intelligit Bartol. *in dict. l. qui vsumfructum, &* bene, esse eum partem dominij & fundi: repetit *in l. 1. ff. de rebus dubiis* sequitur Paulus *in l. si quis, §. differentia, ff. de acquir. poss.* Iason *in l. 1. §. fin. ff. de noui operis nuntiat.* & quamuis Biglius *in §. alienus seruus, Instit. de hæredib. instituend.* & Pinellus *vbi suprà*, recedant à Bartolo, quatenus ex hoc conciliat hæc duo iura, scilicet legem *rectè*, & dictam legem 4. tamen forsan opinio, & interpretatio Bartoli verissima est ad illa duo iura; nam quo in se sit vera, non est dubium; & reuera si rectè expendamus verba Iureconsulti *in dict. l. rectè*, ibi, *quia vsusfructus non dominij pars, sed seruitutis sit, vt via, & iter planè* necessariò intelligendum est Iureconsultum intellexisse iuxta doctrinam Bartoli *in dict. l. rectè*, vsumfructum non esse partem prædicamentalem dominij, hoc est, non esse speciem dominij; quia qua ratione vsusfructus est

est pars, id est species servitutis, ea ratione non est pars, id est species dominij, *ex dict. l. rectè.* At verò satis constat, seruitutem esse genus quoddam 6
vniversum; viam, actum, iter, & vsumfructum esse speciem: qua ergo ratione vsusfructus est pars, id est species seruitutis; non est pars, id est species dominij? est ergo species seruitutis, ergo non dominij, quod benè colligitur *ex dict. l. rectè.* quia vsusfructus non dominij pars, sed seruitutis est, vt via: necessaria ergo & coacta ratione intelligendum est Iureconsultum nomine partis intellexisse species Dialecticas, & sensisse vsumfructum non esse partem, id est speciem prædicamentalem dominij, sicuti est species seruitutis; ob idque is fundus adhuc noster est, in quo quisquam habet vsumfructum; quia si interrogemus, an is qui habet vsumfructum, habeat dominium, non rectè respondetur affirmatiuè; non enim vsufructuarius est dominus, nec vsusfructus dominium, sed pars dominij, & vsusfructuarius obtinet alteram partem substantialem fundi, & dominij, quod in eo habemus. Et ita licèt Pinellus doctissimus, & Biglius, Alciat. item & Coñanus, dialecticam dicant esse solutionem & interpretationem Bartoli, proculdubio tamen Iureconsultus necessariò intelligendus est dialecticè, alias malè intelligemus illa verba, *sed seruitutis pars sit, vt via, actus*: locutus est enim Iureconsultus dialecticè, significans non esse vsumfructum partem, id est speciem dominij, sicuti est pars, id est, species seruitutis: & benè Bartolus ait non esse partem prædicamentalem dominij vsumfructum, id est non esse speciem dominij, nec item esse partem fundi, vt intelligamus fundum separatum à iure, pro re corporea; quia tunc partes fundi sunt, vti dicebamus, campus, mons, ager, sylua, vinea, & alia id genus; esse autem partem vsumfructum substantialem fundi, quatenus eum consideramus secundùm ius, quod in eo habemus. Tunc enim ex iuris dispositione habemus in fundo vsumfructum & proprietatem, & sunt duæ partes substantiales integrantes fundum acceptum secundùm ius. Itáque Iureconsultus ex interpretatione Bartoli, & rectè *in dict. l. rectè*, intelligit dialecticè vsumfructum non esse partem, id est speciem dominij, quia vsusfructus est pars, id est species seruitutis, vt via actus, & propriè locutus est Iureconsultus cùm species vocat partes; sic enim locuti sunt veteres elegantiores. Cicero *de Oratore lib. 1. fol. mihi 136. tomo primo; Genus autem* (inquit) *id est, quod sui similes communi quidem, specie autem differentes* 7
duas aut plures complectitur partes. Partes autem sunt quæ generibus his ex quibus emanant, subiiciuntur. Hæc Cicero. Rursum *de inuentione capite de confirmatione. Genus* (inquit) *est quod partes aliquas amplectitur; vt cupiditas pars est, quæ subest generi, vt cupiditati amor, auaritia.* Rursum *capite de inuentione,* cum tractat controuersiam generis, ita ait: *Generis est controuersia, cùm & quid factum sit, conuenit; & quo id factum nomine appellari oporteat, constat; & tamen quantum & cuiusmodi & omnino quale sit, quæritur, hoc modo, iustum, aut iniustum, vtile, an inutile; & omnia in quibus quale sit id quod factum est, quæritur, sine vlla nominis controuersia. Huic generi Hermagoras partes quatuor supposuit, deliberatiuam, demonstratiuam, iudicialem, negotialem, quod eius, vt nos putamus non mediocre peccatum reprehendendum videtur. Verùm breui, ne aut si taciti præterierimus sine causa, nos secuti eum*

putemur;

putemur; aut si diutius in hoc constiterimus, moram atque impedimentum reliquis praceptis intulisse videamur, si deliberatio, & demonstratio genera sunt causarum, non possunt rectè partes alicuius generis causæ putari; eadem enim res alij genus esse, alij pars potest; eidem genus esse & pars non potest. Hactenus Cicero. Plura alia ex Cicerone adducere possem loca, sed hæc elegantiora mihi visa sunt pro Bartolo contra Biglium & Pinellum, vt Iureconsultus *in dict. l. rectè,* nomine partis rectissimè & obseruata proprietate dicendi, species intellexerit. Idque vsitatissimum est Dialecticis, qui veram Dialecticam profitentur, & elegantiorem; non his qui barbarè & sophisticè ratiocinantur, quibus toto anno cum sua chimæra, & suis brunellis, lis & contentio assidua est. Sit ergo verus sensus ad literam textûs *in dict. l. rectè*, scilicet rectè dici, id est propriè, obseruata recta ratione dicendi, fundum eum nostrum esse, licèt alius in eo habeat vsumfructum; quia vsusfructus non est pars dominij, sed seruitutis, vt via, actus, iter, quod etiam sensit ibi glossa ex Placentini opinione. At verò *in dict. l.4.* idem Iureconsultus ait: *In multis casibus vsusfructus est pars dominij, & extat quod vel præsens, vel ex die dari potest.* Vbi necessariò dicendum est, Iureconsultum sensisse, vsumfructum esse partem dominij, scilicet substantialem, non verò prædicamentalem; dominium enim quod habemus in fundo, constat ex proprietate & vsufructu, sicuti fundus ipse si sumatur vt corpus, habet partes corporeas, vineas, montes, lucos, & saltus, & alia id genus. Nec quicquam faciunt verba illa, *si in multis causis*; quia cum in multis sit pars prædicamentalis, id est species seruitutis, tanquam sui generis, vt *in dict. l. rectè*, in multis pars tanquam corporea separata à iure, vt *in l.1. §. si vsusfructus, ff. ad leg. Falcid.* restat vt in multis non in omnibus sit dominij pars substantialis. Quæ ratio debuit Pinellum adducere in opinionem Bartoli, non verò ab ipsa auertere, quæ si expenderetur, efficeret saltem, vt non ita ridiculè Bartolus eiiceretur: subdit Iureconsultus *in dict. l.4. & extat quod vel præsens, vel ex die dari potest*; quæ verba magis suadent Bartoli conciliationem, vt verissima sit censenda, & ad literam textus: idem enim Paulus Iureconsultus non immemor eius quod tradiderat *in dict. l. rectè*, repetensque idem argumentum, quoniam dixerat vsumfructum esse speciem seruitutis quasi sui generis, subdit *in dict. l.4.* non esse id quidem perpetuum, nec semper vsumfructum esse speciem seruitutis, quia in multis casibus sit pars dominij substantialis, quod habemus in rebus, & varia consideratione varius sit, quoad iuris effectus, nec possit de eo vniuersè & indefinitè constitui, quia diuersè in iure accipiantur, varietque iuris regulas, dum alibi aliter accipitur: quod Paulus probat ex eo, quia seruitutes non consistunt ex die, vel ad præsens, nec extant: per se patet *ex l.4. ff. de seruitutibus*, ibi: *Seruitutes,* inquit Papinianus, *ipso quidem iure, nec ex tempore, nec ad tempus, nec sub conditione, nec ad certam conditionem, verbi gratiâ, quamdiu volam, constitui*
9 *possunt:* at constat vsumfructum constitui ad diem & ex die, *dict. l.4.* & cùm cæteræ seruitutes sint indiuiduæ, constat vsumfructum esse diuiduum, *l.1. §. si vsusfructus, ff. ad legem Falcidiam*, ibi: *Idem Paulus, si vsusfructus* (inquit) *legatus sit, qui & diuidi potest, non sicut cateræ seruitutes indiuiduæ sunt, veteres quidem æstimandum totum vsumfructum putabant, & ita constituendum quantum sit*

sit in legato : sed Aristo à veterum opinione recessit ; ait enim posse quartam partem ex eo sicuti ex corporibus retineri, idque Iulianus rectè probat. Hæc Paulus, qui semper in ea sententia est, vt vsusfructus multiplex in iure sit ex multiplici iuris acceptione, vt alibi sit species seruitutis, sicuti via, actus, id est totus ad ius pertineat; alibi sit pars substantialis fundi, & dominij, quod in eo nobis est, vt cum proprietate totum fundum contineat; in aliis quoque casibus reperiatur vt corpus, & accedat commoditati, vt *in dict. l. 1. §. si vsusfructus,* vbi non ius, sed commoditas nomine vsusfructus diuiditur in partes, tanquam corpus; & omnia hæc responsa sunt Pauli, ad quæ oculos coniecit Bartol. vbi suprà, & cum eo communis interpretatio ad illa iura. Nec enim dubitari potest de multiplici acceptione eius, ex his quæ infrà hoc capite latiùs dicemus; licèt enim vbique vsusfructus sit, tamen alibi ius, alibi corpus, alibi pars est dominij, & ita promiscuè à Iureconsultis accipitur; ob idque licet conciliatio Bartoli displiceat Biglio, Connano, Alciato, & Pinello, tamen ea necessaria est, & secundum iuris rationem, & in se vera.

Ex Paulo ergo restat, vt vsusfructus multipliciter accipiatur, pro specie seruitutis, pro parte fundi, pro commoditate; & ita alibi est ius, alibi res corporea, vt *in dict. §. si vsusfructus*, vnde *in l. in venditione bonorum, ff. de bonis authoritate iudicis possid.* rectè vsufructuarium dominum appellamus, quia partem dominij habet, idest vsumfructum, qui est pars dominij; licèt enim stricta disputatione non habeat hominem qui partem hominis habet, nec fundum qui partem fundi habet; tamen ex intellectu iuris, & acceptione nominis huius, quod dominium illud significat aliquando, quod versatur in perceptione fructuum, rectè dicimus vsufructuarium dominum eius dominij, obseruata multiplici nominis acceptione; neque enim possumus, neque debemus de hoc nomine, quod adeo variè accipitur à Iureconsultis, vniuersè & indefinitè constituere; quod si responsa Iureconsultorum velimus ad vnam duntaxat acceptionem referre, erraremus miserè. Nemo enim est qui non videat quantùm distet commoditas ipsa à iure fruendi; & tamen constat, vtrumque significare Iureconsultos nomine vsusfructus: nihil mirum igitur, quod alibi sit ius, alibi pars fundi, alibi dominium significet eius partis, quam in toto fundo facit, cùm de his omnibus aperta sint responsa veterum Iureconsultorum: quæ eò dixerim, ne tibi mirum videatur, si dixerimus errasse, qui de vsufructu vniuersè tradiderint. 10

Nec multùm difficilis est interpretatio *ad l. 1. ff. de vsufructu legat.* quæ variè quoque nouiorum interpretum mentem cruciat. Verba eius hæc sunt: *Nec vsus, nec vsusfructus itineris, actus, via aquave ductus legari potest, quia seruitus seruitutis esse non potest, nec erit vtile ex Senatusconsulto, quo cauetur, vt omnium quæ in bonis sunt, vsusfructus legari possit, quia id neque ex bonis, nec extra bona sit, sed incerti actio erit cum hærede, vt legatario, quandiu vixerit, eundi, agendi, ducendi facultatem præstet, aut ea seruitus constituatur sub hac cautione, vt si decesserit legatarius, vel capite minutus ex magna causa fuerit, restituatur.* Hæc Paulus. Difficultas est in intellectu illorum verborum, *quia id neque ex bonis, nec extra bona sit.* Glos. & Bart. *ibidem*, & *in l. rem in bonis, ff. de acquir. rerum dominio*, & *in l. rei appellatio, ff. de* 11

verborum signific. & *in principio Institut. de rerum diuisione*, intelligunt vt seruitutes neque sint in bonis, nec extra bona, eamque opinionem & latius explicat & refutat Pinellus *d.l. 1. 2.part. num.6.* & subdit secundum intellectum Lorioti *in l. non videtur, ff. de reg. iuris.* vt ibi vsusfructus, & seruitutes non dicantur in bonis, idest in dominio propriè sumpto; nec extra bona, idest extra bonorum appellationem, quæ in iure latè patet. Hanc quoque refutat ibidem Pinellus, quod Iureconsultus ibi non agat de dominio proprio, vel improprio, nec possit omnino in vsufructu negari dominium; ad quam refutationem facit, quod tradidimus proximo *num.10.* Tertiò adducit solutionem Longoualij *in l. imperium, ff. de iurisdict. omn. iud. num.232.* qui appellat hanc difficultatem nodum Gordianum, dum explicat verba illa, *non in vsufructu & seruitute, sed in vsu & vsufructu seruitutis.* Quam quoque interpretationem ipse reiicit, nescio quantum bene, & tandem ipse resoluit contra Bartolum, Accursium, communem, Loriotum, & Longoualium, vt verba illa, *nec ex bonis, nec extra bona*, posita sint ex iuris quadam subtilitate, quam subtilitatem ipse in eo esse ait, vt verba illa, nec extra bona, intelligantur pro non omnino aliena, nec extra ius disponentis, non verò pro his quæ in bonis esse non possunt; quæ iuris subtilitas certè adhuc verba illa non explicat; siue enim sint extra bona, siue non omnino aliena, semper restat difficultas, quomodo nec sint de bonis, nec extra: & re vera vt dicemus, seruitutes in bonis nostris sunt, & inter bona connumerantur, vt dicemus, & agnoscit ipsemet Pinellus. Quî fieri ergo potuit, vt Caius Iureconsultus diceret, eas neque ex bonis, nec extra bona esse, cùm si subtiliter intelligas seruitutes non esse omnino alienas, quomodo non sunt ex bonis, si omnino alienæ non sunt? aut quid coëgit Iureconsultum, vt ea verba adderet, quem otiosè
12 locutum fuisse non decet arbitrari? Ego verò existimo Iureconsultos nunquam multiplicasse verba, neque quicquam dixisse frustra, quod alibi notabam *ad l. in causa, §. interdum, ff. de minoribus*, ibi: *Ne rem suam perdat, vel re sua careat*; quæ duo plurimum distant. Itaque existimo Iureconsultum planè posse intelligi, nec necessum esse inuestigare tam subtiliter intellectum illorum verborum aliunde quàm ab ipsomet Paulo *in d.l. 1. ff. de vsufructu legat.* ipse enim satis superque seipsum explicat, si maturè expenditur litera illius textus. Quærit ibi Paulus, an vsus, vel vsusfructus seruitutis legari possit; nihilque disputat de legato seruitutis; in quo Longovalius non recedebat à vera specie Iureconsulti: non enim quærit, an via legari possit in fundo, sed an vsus viæ, quæ debetur fundo, legari possit? Et in hac specie in prima parte textus moratur in his verbis, *nec vsus, nec vsusfructus itineris, actus, viæ, aquæve ductus legari potest.* Cumque constituat, legari quidem non posse talem vsum, vel vsumfructum seruitutis realis, subdit duas rationes, ex quibus probat suam illam conclusionem, scilicet, tale legatum inutile esse; quæ ambæ incidunt in vnam eamdémque rationem. Prima ratio est, quia si tale legatum constaret, iam daretur seruitus seruitutis, quod fieri quidem nullo modo potest; cùm enim via sit seruitus, si viæ vsusfructus legaretur, iam legaretur seruitus seruitutis; quod fieri nequit. Secunda ratio incipit ibi, *nec erit vtile:* vbi Iureconsultus Paul. ita ait: *Nec hoc legatum erit vtile, nec constare potest ex*

verbis

verbis Senatusconsulti, quod de vsufructu legando constitutum est, quo cauetur, & sancitum est, vt vsusfructus omnium, quæ in bonis sunt, legari possit. Subdit Iureconsultus Paulus rationem huius, quare non sit vtile legatum hoc ex verbis Senatusconsulti, cùm Senatusconsultum dicat apertè, posse legari vsumfructum omnium quæ in bonis sunt: & videbatur posse legari vsusfructus seruitutis, quia seruitus in bonis nostris est. Ratio tamen Iureconsulti ea est, quia seruitutes non sunt ex bonis, de quibus sensit Senatusconsultum, cùm seruitutis nullus vsusfructus sit, qui legari possit. Intellexit enim Senatusconsultum omnium rerum, quarum vsusfructus constitui posset, vsusfructus constitui & legari posse, seruitutes autem non esse ex bonis Senatusconsulti, quia in vsu consistunt, & separari ab vsu non possunt, ob idque nec ex bonis sunt, scilicet, de quibus Senatusconsultum latum est: nec item sunt extra bona, quasi dicat, cùm seruitutes in bonis nostris sint, videbatur constare posse legatum; sed cùm sint bona in quibus constitui vsusfructus non possit, non sunt ex bonis, de quibus agimus, vt vtile sit legatum. Ob idque ait Iureconsultus dari actionem incerti, & ita rectè ait, in proposito seruitutes nec esse in bonis, nec extra bona, scilicet, de quibus agebat, vt legatum vtile esset: & ita potest Paulus verè & planè intelligi, obseruata iuris ratione ex Senatusconsulto, de quo ipse agit.

Constat enim latissimè nomen hoc *bona*; & bonorum appellatione veniunt iura & actiones, non solùm corporea, mobilia, & immobilia, *l. bonorum, ff. de verborum signific.* & ibi Alciatus, Guillelmus Benedictus *in cap. Raynutius, verb. cætera bona,* Tiraquellus *in l. si vnquam, verb. bona, de reuocandis donation.* Pinellus *in rubr. de bonis maternis*, statim in principio, & est lex *si legatus, ff. ad Trebellian.* & seruitutes tanquam res propriæ legantur, *l. vsusfructus, cum sequent. ff. de vsufructu*; ex quo videri poterat seruitutes non esse extra bona, atque adeò contineri Senatusconsulto, quod dictabat, vt omnium quæ in bonis essent, vsusfructus legari posset; sed quoniam tales erant, de quibus vsusfructus constitui non poterat, quia seruitutis seruitus esse non poterat, *d. l.* 1. meritò Paulus Iureconsultus in ea tractatione legati vsusfructus, seruitutes nec esse ex bonis, nec extra bona ait, succurritque legatario non ordinaria actione, sed incerti quadam actione, hoc est facti, vt scilicet hæres faciat, & per eum non stet, quò minus legatarius ille id quoque consequatur, vt si seruitutem non habeat; saltem vtcumque, quantum res ferat, vtatur, fruatur. Accipitur ergo multipliciter in iure verbum hoc *vsusfructus*, ex Paulo Iureconsulto: modò seruitus est, totáque in iure consistit, *dict. l. rectè*, personalísque seruitus est, quæ debetur personæ, sicuti habitatio & vsus: realis autem seruitus est, quæ debetur personæ ex re. Exemplum istius personalis seruitutis non est ius quod habet dominus in seruis; illud enim dominium est propriè, & in re propria non cadit seruitus, sed dominium, *l. vti frui, ff. si seruitus vendicetur, l. in re communi, ff. de seruit. vrb. prædiorum*: sicuti enim vsusfructus proprij fundi non est seruitus, ita nec ius serui. Bartol. *in l.* 1. *ff. de seruitutibus*, Faber *in §. æquè si agat, Institutis de actionib.* vbi ait quod hæc seruitus exemplificabitur, si dominus alicuius serui concesserit alteri operas serui, retento dominio: & vocat hanc seruitutem personalissimam, & sentiebat ibi Ias.

13 (margin, beside line beginning "Constat enim latissimè")

14 (margin, beside line beginning "uitus est, quæ debetur")

sed certè seruitus personalis vnica est, quæ debetur personæ, & cum ipsa persona extinguitur, nec egreditur personam, siue ea debeatur à persona, siue à re, dum personæ debeatur, duratura cum ipsa persona: duplexque est genus seruitutum, *ex l.1.ff.de seruitutibus*, licèt gloss. ibi admittat triplicem, vel quadrimembrem distinctionem; cum enim debetur personæ, & cum persona extinguitur, personalis est; si rei debeatur, & ad possessores rei transeat, realis est. Et hæc est distinctio Iureconsulti, & est optimus textus *in l.Lucius Titius, ff.de seruitutibus rusticorum prædiorum*, ibi: *Lucius Titius* (inquit Paulus)
15 *Caio Seio fratri salutem. Aquæ fluentis in fontem constructum in Isthmo à patre meo trado & dono tibi digitum in domum tuam, quæ est in Isthmo, aut vbicumque vis. Quæritur an ex hac scriptura vsus aquæ etiam ad hæredes Caij Seij pertineat? Paulus respondit, vsum aquæ personalem ad hæredem Seij quasi vsuarij transmitti non oportere.* Ecce quia seruitus personalis est, vbi id glossa sentit, quæ verbo
16 *digitum*, ridicula est, parum edocta antiquorum mensuras, & pondera; ex eo enim dictæ sunt seruitutes personales, quòd cum persona extinguantur, & pereant, quibus concessæ videntur; realis autem à re, cui item conceduntur: & quia cum ea durant perpetuò, & ad quoscunque possessores pertinent ratione rei, etiamsi aliquando tempore desiisse videantur: textus elegans ad hoc *in l.cum fundo, ff.de seruitutibus rusticorum prædiorum*, quæ addenda sunt ad Cæpolam *lib.1.cap.3.* & Anton. Gomezium *de contractibus tom.2.cap.15.* & ita bimembrem duntaxat distinctionem agnouit D. Anton. Menensius præceptor meus, *in principio de seruitutibus & aqua.* Est igitur vsusfructus species seruitutis, *dict.l.rectè*, & personalis, quæ cum vita finitur, & cum persona extinguitur, *§.finitur, Institutis de vsufructu.*

Alibi autem vsusfructus est veluti res corporea, quæ diuidi potest, & tanquam in partes secari; cùm enim reliquæ seruitutes indiuiduæ sint, vsusfructus diuiduus est, *l.1.§.si vsusfructus, ff.ad l.Falcid. l.vsusfructus ab initio, ff.de*
17 *vsufructu*, glos. Bart. & reliqui ibi. Inde est, quod legatur pluribus simul, & omnes in eo concurrunt simul & æqualiter pro partibus, *l.si vsusfructus legatus, ff.de vsufr. l.duos, ff.de vsufr. legat. l.1.ff. de vsufruct. accrescendo*; legatarij autem diuident inter se vsumfructum, iuxta iuris regulas, vel regionibus, vel tempore, vel æstimatione, vt locando, *l.communi diuidundo, §. si vsusfr. ff. communi diuidundo. Cùm de vsufructu* (inquit Vlpian.) *communi diuidundo iudicio agitur, iudex officium suum ita diriget, vt vel regionibus eis vti frui permittat, vel locet vsumfructum vni ex illis, vel tertiæ personæ, vt hi pensiones sine vlla controuersia percipiant, vel si res mobiles sint, etiam sic poterit vt inter se conueniant, caueantque per tempora se vsuros fruituros, hoc est apud singulos mutua vice certo tempore sit vsusfructus.* Hactenus Vlpianus. Expende verba illa, *vt apud singulos mutua vice, certo tempore sit vsusfructus*, iuncta glossa *verb. vsusfruct.* vt nomine vsusfructus intelligamus commoditatem, quæ prouenit ex iure illo vtendi & fruendi, quæ commoditas rectè dicitur à Iureconsultis vsusfructus, cum variè accipiatur, *l. si cùm duorum, ff. de stipulatione seruorum*, vbi glossa *verb. communio*, Baldus *in cap.1. §.præterea ducatus, de prohibita feudi alienatione.* Bartol. *in l.stipulationes non diuiduntur, de verborum obligationibus*, & ibi Ioannes de Imola, latè Paulus de Castro *in l.quoties, §.hæredes, ff. de hæredib.*

instituendis, textus *in dict. leg.* 1. §. *si vsusfructus, ad legem Falcid.* qui est in materia egregius. Ex quibus vides id quod passim animaduertimus, vsumfructum apud Iureconsultos modò ius esse, modò speciem seruitutis, modò commoditatem & rem diuiduam, & veluti corpoream, quæ diuiditur, commutatur, conducitur, & est in commercio tanquam res venalis, *l. Mænius*, §. *penultimo*, *ff. de legat.* 2. Atque hæc omnia nomine vsusfructus significant Iureconsulti, & variè de vsufructu tradunt præcepta, multiplici acceptione nominis iure agnita, aliquando item partem substantialem fundi significantes, qui constat ex proprietate & vsufructu, *dict. l.* 4. Vnde qui generaliter de vsufructu tradere præcepta volunt, cùm decedant à iuris regulis, & vera traditione Iureconsultorum, necessarium est aut fallantur, aut fallant. Quod faciunt viri 18 eruditissimi, vti proximè prolixiùs videbimus in his quæ nobis dicenda restant.

19 Ex hac iuris regula infertur ad aliqua, quæ variè accipiuntur à Scribentibus; diuersitas autem prouenit & resultat, quòd generaliter de vsufructu statuere volunt, qui tamen multiplex est: & primum quod sæpè circa dispositiones de vsufructu receditur apertè à verbis testatoris, & interpretatio sumitur à iure; quia enim diximus quod vsusfructus & proprietas sunt partes substantiales integrantes quoad iuris intellectum fundum, & fundi totum dominium, *ex dict. l.* 4. *ff. de vsufructu*, fit, vt si testator relinquat alteri simpliciter fundum, alij verò vsumfructum eiusmet fundi, quòd prior habebit proprietatem & dimidiam partem vsusfructus, & posterior habebit dimidium vsusfructus, & ambo concurrunt in vsufructu, & concursu faciunt sibi partes, *l. si alij*, *ff. de vsufruct. legat.* [Si alij (inquit Modestinus) fundum, alij vsumfructum eiusdem fundi testator legauerit, si eo proposito fecit, vt alius vsumfructum, alius nudam haberet proprietatem, errore labitur; nam detracto vsufructu, proprietatem eum legare oportet eo modo, *Titio fundum detracto vsufructu lego*; vel, *Seio eiusdem fundi vsumfructum hæres dato*: quod nisi fecerit, vsusfructus inter eos communicabitur, quia interdum plus valet scriptura, quàm quod actum est.] Hactenus Modestinus, qui apertè conuenit cum Paulo *in dict. l.* 4. & fundi nomine intelligit proprietatem & vsumfructum tanquam partes substantiales fundi integrantes totum dominium quod nobis est in fundo. Textus *in l. qui vsumfructum*, *ff. de verb. obl.* vbi Paulus, *Qui vsumfructum*, inquit, *fundi stipulatur, deinde fundum, similis est ei qui partem fundi stipulatur, deinde fundum totum; quia fundus dari non intelligitur, si vsusfructus detrahitur.* Cùm igitur fundus consistat secundum iuridicam rationem in proprietate & vsufructu tanquam in partibus substantialibus integrantibus totum dominium fundi, vt *dict. l.* 9. & *dict. l. qui vsumfructum*, & *dict. l. si alij*, & *l. si stipulatus fuero*, §. *Titius*, *ff. de verb. obl.* legando vni fundum, videri potuit fundum pleno iure legasse quoad vsumfructum, posteà autem legando alteri eiusdem fundi vsumfructum, videtur secundò legasse rem eandem quam priori legauerat: vnde tanquam re coniuncti concurrunt, & pariter admittuntur, & mutuo concur- 20 su faciunt sibi partes: & ita tenet Bart. *in dict. l. si alij*, & *in l. inde Neratius*, §. *non solùm*, *ff. de vsufructu accrescendo*, & *in l. si proprietas*, *eod.* & resoluit

Antonius Gomez *tit. de seruitutibus*, sæpius allegato, *tom. 2. num. 5.* qui tamen intelligit in legato, non verò in relicto vniuersali: vide apud ipsum, nihil enim ad nos pertinet, nobis enim ad ea quæ tractamus satis id sit attigisse, vsumfructum esse partem substantialem fundi & dominij, quod in fundo nobis est, qui cum proprietate totum fundum constituit, iuxta *dict. l. 4. dict. l. qui vsumfructum, dict. l. si alij, dict. §. si Titius.* Vnde etiamsi in legato contineatur totus fundus, minùs habet legatarius quàm fundum, & alter, cui legatus est vsusfructus fundi, minùs habet quàm vsumfructum; habet enim dimidium vsusfructus duntaxat, idque prouenit ex eo quod dicimus, vsumfructum iuris intellectu esse partem fundi.

21 Ne autem à nobis hæc sine vtilitate allata esse videantur, ex hac fundata iuris ratione apertè & planè defenditur communis & recepta omnibus hucusque Scribentibus interpretatio *ad l. Proculus, ff. de vsufructu*, contra Arium Pinellum, qui solus inter Scribentes omnes nouum sensum existimat se inuenisse, & irridet vniuersos, qui legem illam hucusque allegarunt, & tandem dicit excogitato à se vero sensu non defuturos, qui repertis frugibus, glandibus vesci malint: ego autem existimo illum despectis frugibus, glandulis plusquam exitialibus laborasse, dum à vero & recepto sensu recedit, minimè recordatus hoc ipsum, quod modò tradebamus, scilicet nomine fundi solitos esse Iureconsultos intelligere proprietatem & vsumfructum, tanquam partes substantiales fundi; vnde, vt modò diximus, legato fundo, proprietas, & vsusfructus censetur legatus: quo præmisso Bartol. Bald. Alberic. Ang. Fulgosius *in d. l. Proculus*, & est textus ibi, asserunt, quod si testator legat alicui vsumfructum domus cum onere, vt seruitus hæredi constituatur, ne altiùs domus tollatur, domus quantùm ad proprietatem censeatur relicta, non solus vsusfructus, adeo vt in hoc legato etiamsi solus vsusfructus videri poterat legatus, proprietas tamen domus contineatur, ita vt domus debeatur: tamen idem Bart. tenet hanc *in l. ex hac, num. 3. ff. de donationibus.* Cuman. Romanus, Alex. Alciatus, Claudius Marmert. Galeaula, relati à Pinello *in d. l. 1. C. de bonis mat. 3. part. num. 41.* qui dicit communem hanc interpretationem eam habere rationem, quod de iure vsufructuarius non potest altiùs tollere, nec rem alienare, *l. vsufructuarius*, 1. & 2. & *l. nisi, ff. de vsufruct. l. interest, Cod eod.* Vnde ne verba testatoris sine effectu maneant, nec videantur

22 superflua, cùm necessum non sit interdicere vsufructuario, ne altiùs tollat, cúmque nec ipse vsufructuarius constituere seruitutem possit, intelligendum est, quod nomine vsusfructus intelligatur proprietas relicta & legata: hanc dicit rationem communis interpretationis, quam imaginariam vocat decisionem, quæ fuit Accursij *in dict. l. Proculus.* Deinde ait ille, Iureconsultum non egisse id, sed tradidisse modum & limitationem quandam ad regulam quæ ait, quod vsufructuarius non possit constituere seruitutem in re, in qua habet vsumfructum, vt id non habeat locum, si fructuarius ex testatoris voluntate, vel concedentis vsumfructum, seruitutem constituat, quia tunc quantumvis vsufructuarius, seruitutem tamen imponere potest, contra prædictas regulas iuris, *ex dict. l. Proculus.* Ego sanè miror virum eruditissimum abiisse in hanc sententiam, quem sæpè animaduerti inter legendum cordatè communes

&

& receptas ſententias à nouiorum telis & iaculis defenſantem, ſolituſque era dicere receptas ſententias, aut omnino & funditus euertendas eſſe, aut omnino relinquendas intactas, & illius quidem ſenſus ſine vlla difficultate eſt. Quod enim negotium obſecro erat, vt Proculus putaret? ſic enim inquit Pomponius putaſſe Proculum, quaſi in re dubia, obſcura, & difficili, in qua aſſertio plena periculo eſſet; putaſſe nempe teſtatorem poſſe conſtituere ſeruitutem in fundo proprio, cùm etiamſi conſtitueretur ab vſufructuario, cùm id fieret iuſſu teſtatoris, à teſtatore conſtituta cenſenda erat; plurimùm enim intereſt, vtrum in poteſtate eius, quem teſtator obligare cogitat, faciat, ſi velit dare; an impoſita neceſſitate dandi, ſolùm ei diſtribuendi liberum arbitrium concedat, tunc enim à teſtatore accipit, vt inquit Iureconſultus *in l. vtrum*, §. *cùm quidam*, *ff. de* [r]*ebus dubiis*; & re vera indignum hoc argumentum eſt, in quo verſatur Proculus, atque in eo tanquam ſubobſcuro putaret, ita conſtitui poſſe. Propterea neque erat, quòd tantopere Pomponius Proculi commendaret cogitationem illam & ſententiam, nec illa erat exceptio regulæ, quæ tradit vſufructuarium non poſſe conſtituere ſeruitutem; nam eo caſu ſeruitus non ab vſufructuario, ſed à teſtatore conſtituebatur, cuius iuſſu, & præcepto, & voluntate conſtitui debebat. Subdit deinde Arius Pinellus doctiſſimus, ſibi ſatis eſſe id, ſcilicet, Iureconſultum non dicere quod gloſſa & Scribentes *ex d. l. Proculus*, colligunt: mihi autem, ſi verum amamus, apertè dicta lex *Proculus*, communem & receptam ſententiam comprobat, idque ad literam, & ſine violentia vlla; præterea quòd ex fundata 23
iuris ratione, ex his, quæ diximus, neceſſaria & coacta ratione id intelligendum eſt; Proculus enim *in d. l. Proculus*, non inquirit modum legandi vſumfructum, quod exiſtimabat Pinellus, ſed legandi fundum integrum, vel Inſulam pleno iure, ſcilicet cum partibus ſuis ſubſtantialibus, vſufructu, & proprietate, idque etiamſi ſolius vſusfructus in legato fiat mentio; quod argumentum plenum ingenio eſt, & digniſſimum Iureconſulto: & aptè ex his quæ diximus, expendenda ſunt verba eius legis ibi, *Proculus putat Inſulam ita poſſe legari*; ecce enim quod inueſtigatio Iureconſulti non eſt de legato vſusfructus ſolius, ſed de legato Inſulæ; ſatis autem conſtat ex his quæ diximus, Inſulam ſicuti & fundum conſtare ſuis partibus ſubſtantialibus, nempe vſufructu & proprietate. Cùm ergo Proculus putet Inſulam ita poſſe legari, neceſſariò intelligendum eſt, agere eum de excogitanda forma & ratione iuris, ex qua cùm ſolus vſusfructus contineatur in legato, tamen Inſula videtur legata integro iure quoad vſumfructum, & quoad proprietatem, in quo aptiſſimè & meritò Pomponius ſtatim in principio, ne de mente Proculi dubitaretur, ea verba addidit, *Proculus putat Inſulam ita poſſe legari*, quaſi apertiùs dixiſſet, Proculus ingenioſè excogitauit iuris formam, quâ cùm ſolus vſusfructus in legato ſit, tamen verè proprietas & vſusfructus, id eſt Inſula legata ſit: & poſt illa verba ſubdit formam illam, quam Proculus excogitauit, *vt ei ſcilicet inſulæ ſeruitus imponatur, quæ alteri inſulæ hæreditariæ debeatur hoc modo:* poſt hæc autem addidit exempla duo, *ſi ille hæredi meo promiſerit per ſe non fore, quo altiùs ea ædificia tollantur, tunc ei eorum ædificiorum vſumfructum do, lego:* & eſt primum exemplum, deinde ſubdit ſecundum, *vel ſi*

sic ædium illarum quo ad altiùs quàm vti nunc sunt, ædificatæ non erunt, illi vsumfructum do, lego. Itaque tota decisio Pomponij Proculum secuti in eo versatur, vt ingeniosè excogitet formam illam, qua legatum solius vsusfructus contineat insulam pleno iure; ratio autem iuris, quare insula pleno iure in eo legato contineatur, ea est, quia cùm ex verbis legati vsusfructus ad legatarium, proprietas ad hæredem specie quidem pertinere videretur, impositio tamen
24 seruitutis iuris regulas contra aperta verba testatoris excitauit, quia hæres seruitutem habere in fundo proprio non potuit, cùm haberet dominium & proprietatem, *l. vti frui, ff. si seruitus petatur, l. in re communi, ff. de seruitutibus.* Vnde meritò cùm apud hæredem consistere non possit, propter seruitutem impositam, quæ sibi deberetur, necessariò ex iuris dispositione proprietas vsumfructum secuta est: & hæc est ratio & decisio Proculi, atque eum secuti Pomponij ex forma excogitata, vt legato vsufructu proprietas verè legata sit. Vnde quod ait Pinellus, & sæpiùs repetit, satis ibi esse quod dicta lex *Proculus*, non probet communem conclusionem, nec dicat id, ad quod tota die allegatur à Scribentibus, quod vocat imaginariam decisionem: certè textus *in dict. l. Proculus*, ex hac acceptione vsusfructus, quam tractamus, apertè id probat, & planè, neque est imaginaria decisio, sed ingeniosa & digna Proculo, & Pomponio; neque existimandum est, tot sæculis latuisse sensum illum, quem adducit Pinellus, viros cordatos & egregiè eruditos, qui nec ingeniosus est, nec habet vllam difficultatem, nec obtinet id ad quod adducitur, scilicet vt vsufructuarius constituat ex iussu testatoris seruitutem, quia illa seruitus non est constituta ab vsufructuario, sed à testatore, vt diximus: prætereà quæ ipse Pinellus infert *numero* 43. omnia illa descendunt ex illa sua opinione, nec approbamus eorum consilium, qui iuris imperitissimum hominem cogerent ita testari, vt eo consilio nomine vsusfructus proprietatem arriperent; nec existimandum est id voluisse Thomam Ferrar. *cautela* 2. quem ibi adducit *dict. num.* 43. Planè eam cautelam, si quis prudens, sciensque fecerit, nec pium, nec prudentem iuris existimamus, sed iniquum & dolosum. Cæterùm si dispositio ista reperiatur testatoris sine dolo, tunc quidem ex iuris regulis ita definiendum existimamus, vt etiamsi vsusfructus legatus sit, proprietas cum vsufructu videatur legata, sicuti in casu præcedenti vsufructuarius, cui apertè vsusfructus legatus est, dimidium vsusfructus consequitur, & qui vsumfructum stipulatur, deinde fundum, idem bis stipulatus est; nemo enim potest facere, quin leges & iura in sua dispositione locum habeant. Præterea, dubiæ res & ancipites testantium voluntates, dubiaque & ambigua dispositio non aliunde quàm ex iuris regulis interpretanda est: postremò
25 quamuis ipse impugnet sententiam Cumani *consil.* 121. *numero* 3. Parisij *consil.* 71. *lib.* 2. qui tenent argumento dictæ legis *Proculus*, relicto vsufructu cum potestate, vt legatarius, idemque vsufructuarius de re disponere possit, comprehendi proprietatem: certè quicquid conetur Pinellus, qui nullum satis vehemens argumentum contra hoc adducit, illa doctrina vera est; quid enim aliud efficere possunt verba illa, quàm vt liberè disponat de re vsufructuarius: postremò communem & receptam sententiam tenent viri doctissimi, & eruditissimi, plures numero, magni authoritate, ingenio præclari, præter eos quos adduximus

adduximus, quos enumerat ipſemet Pinellus *ad fin. num.* 41. Iaſ. Albertus Brunus, Ferrara, Pariſius, Matthæus de Afflictis, Duo Riminaldi, Caſtillus Hiſpanus, Cremenſis, Hippolytus, Loazes, Barbatij, Curtius Iunior, Pariſius, Cardinalis, Hieronymus Gratus, Bollonius, Corneus, Carol. Ruinus, Decius, ipſéque Pinellus ex relatione horum ait, hanc ſententiam vſu forenſi eſſe receptiſſimam, ob idque magis dolet, videre ſe hoc ſcriptum à Doctoribus grauiſſimis; at ego magis doleo, quòd vir eruditiſſimus, graui iudicio, ſelecta doctrina in hanc ſententiam ierit; cumque hoc luxurianti, aut florenti ingenio facile concedendum ſit, certè quod apertiſſimis ſolis radiis in media luce caligauerit, illud non poſſum non iniquè ferre. Præterea hæc communis opinio ex iiſdem, aut pluribus habet locum in omni conceſſione, tam in vltima voluntate, quàm in contractu inter viuos, quia ratio illa Proculi generalis eſt; ſiue enim in vltima voluntate, ſiue in contractu conſtituatur ſeruitus, certè res tua tibi ſeruire non poteſt, ob idque impoſita ſeruitute neceſſum eſt, vt aliò proprietas eat, ſcilicet ad conſolidationem cum vſufructu; facilè enim res reuertitur ad ſuam naturam. Sit igitur vera opinio communis, & habeat textum expreſſum *in dict. l. Proculus*, & intellectus communis dependeat ex verbo illo, *Inſulam*, quod continet vſumfructum, & proprietatem, tanquam partes ſubſtantiales, quæ conſtituunt inſulam & fundum, *ex dict. l.* 4. & *dict. l. ſi alij*, de quibus ſuprà; ſitque multiplex nomen vſusfructus, & variè acceptus variet quoque & mutet iuris regulas, nec quicquam de eo vniuerſe tradatur, qui veluti Protheus nouas ſemper inducit formas, modò ſeruitutis, modò commoditatis, modò partis dominij; nec quiſquam exiſtimet, peſſimè me animatum aduerſus Pinellum doctiſſimum, quòd Emanuelem Coſtam in petitione Cathedræ Primariæ Salmanticæ iuuerim, procuratoris aſſumpto officio, liberè enim diſputandum eſt, & liberè philoſophari ab ipſis edoctus ſum; & licèt doctiſſimus, homo tamen erat, & humanum à ſe nihil alienum putare debuit. 26

Ex hoc etiam principio iuris, quòd ſcilicet vſusfructus & ius fruendi modò merum ius continet, vt *in dict. l. rectè*, modò rem corpoream, quæ diuiditur, venditur, locatur, & in familiæ iudicio erciſcundæ in partes ſecatur, vt *in d. l.* 1. *§. ſi vſusfructus, ff. ad legem Falcid.* & *in dict. l. communi diuidundo, §. cùm de vſufructu, ff. communi diuidundo*: denique ex multiplici acceptione huius vocis, quæ variè à Iureconſultis accipitur, patet quid tenendum ſit in ea quæſtione difficili, ſcilicet an vſusfructus poſſit vendi? in qua iura ſine pace diſſidere videri poſſunt, niſi ex hoc iuris principio componantur: in hac autem re opiniones Doctorum retulit Arius Pinellus latiſſimè, & ante eum latè Antonius Gomez: ille *in l.* 1. *C. de bonis maternis, 2. part. num.* 38. hic *in tomo de Contractibus, c. de ſeruitutibus*, 15. *num.* 15. & poſt eos latiſſimè & acutiſſimè Cordub. de Lara *in §. parens, à num.* 60. *l. ſi quis à liberis, ff. de liber. agnoſc.* Alij dicebant, quod ſi vſufructuarius alienet ſuum vſumfructum, nec exprimat ſe alienare commoditatem, ſeu facultatem percipiendi fructus, alienatio non tenebit, & inſuper vſusfructus amittetur, & cum proprietate conſolidabitur: gloſſa *in dict. l. vſusfructus, ff. de iure dotium*, Azon. *in ſumma, C. de vſufructu, num.* 20. Alberic. Paulus, & Alex. Iaſ. Ripa, Socinus, 27 28

Corneus, Loazes, Couarr. quos adducit in suis locis Pinellus *vbi sup. dict. num.* 38. alij tenent non posse vsufructuarium alienare vsumfructum; quod si alienet, aiunt non valere alienationem, & quod ex tali alienatione poterit vsusfructus reuerti ad proprietatem. Faber *in dict.* §. *finitur,* Antonius Gomez *vbi sup. num.* 15. & Parisius *consil.* 71. *lib.* 2. *num.* 3. alij verò distinguunt, scilicet quod vsusfructus non possit alienari, nec eius alienatio careat pœna, de qua suprà; sed aiunt, commoditatem vsusfructus posse alienari, tanquam diuersam ab ipso iure vsusfructus: glos. *in dict. l. si vsusfructus,* & *in dict. l. necessariò,* §. *fin. ff. de periculo & commodo rei vend.* & *in* §. 1. *Instit. de vsu & habitatione,* & *in dict.* §. *finitur,* & *in l. arboribus,* §. *si vsusfructus, ff. de vsufructu:* & sequitur Bald. Bartol. Alex. & Ias. relati à Pinello *vbi suprà,* Antonius Gomez *dict. num.* 15. Couar. *variar. lib.* 1. *cap.* 8. *num.* 7. & 8. Palacios Rub. *in repetitione cap. per vestras,* §. 38. Tiraquel. *de retractu lignagier,* §. 1. *glos.* 7. *num.* 46. Matthæus de Afflictis *lib.* 3. *constitutionum. rub.* 5. *num.* 19. Alij dicebant vsufructuarium alienantem vsumfructum, in dubio præsumendum esse alienasse commoditatem, Bald. Socin. Curtius Iunior, Aymon Craueta, Aretinus, quos refert Pinellus *vbi suprà,* & Couar. in parte vsufructuario bonorum aduentitiorum id tentabat, vbi supra. Has opiniones cumulauit
29 Pinellus doctissimus, *vbi suprà,* & ante eum nouiores. Quod attinet ad iura, adducit ille §. *finitur,* & *l. si vsusfructus, ff. de iure dotium,* & ait adduci quoque posse legem *si domina, C. de vsufructu.* Hæc tria iura adducuntur, vt vsufructuario non liceat vsumfructum alienare: contra verò vt liceat, adducitur lex *arboribus, ff. de vsufructu, l. in venditione, ff. de bonis authorit. iudicis possidend. l. cui vsusfructus,* 74. *de vsufr. l. non vtitur,* & *l. sequenti, ff. eod. c. nuper, de donationib. inter virum & vxorem,* & sunt pulchra iura §. 1. *Institut. de vsu & habitatione, lib.* 2. & *l. necessariò,* §. *vltim. ff. de periculo & commodo rei vend.* qui est elegans, & *l. si domina, C. de vsufr.* Denique vt alienet, sunt octo iura; vt non alienet, sunt tria, & Vlpianus *in dict. l. arboribus,* Caius *in dict. l. in venditione,* Iulianus *in dict. l. cui vsusfructus,* Martianus & idem Caius *in dict. l. non vtitur,* & *l. seq.* Paulus *in dict. l. necessariò,* & Iustinianus *in dict.* §. 1. & postremò Innocentius Summus Pontifex *in dict. cap. nuper:* sunt
30 authores pro hac parte septem, scilicet Vlpianus, Caius, Iulianus, Martianus, Paulus, Iustinianus, & Innocentius Tertius: vt non alienet est idemmet Iustinianus *in dict.* §. *finitur,* & constitutio Imperatoris *in dict. l. nona,* & Pomponius *in dict. l. si vsusfructus,* vt obiter videas ipsum Iustinianum, modò aientem, modò negantem, *in dict.* §. *finitur,* & *in dict.* §. 1. hæc pertinent ad iura quæ adducuntur pro vnaquaque opinione, vt videas quàm ridiculi sint qui in iure poscunt indubitatas assertiones, cùm nihil in iure securum sit, & nisi casus distinguas & proprias nominum significationes agnoscas, planè fluctibus plusquam decumanis miserè concitatus, passim naufragium facias; quod faciunt qui in hac multiplici vsusfructus acceptione vniuersè decidere volunt. Inter has & has & Scribentium & Iureconsultorum opiniones diffidentes, est nobis lex Hispana 24. *tit.* 31. *partit.* 3. cuius verba hæc sunt: *Otrosi dezimos, que si aquel aquien fuere otorgado el vsufructo, o el vso en la cosa, otorgasse despues a otro alguno el derecho que avia en ella, que se desata porende*

ell

el vsufructo o el vso, etornasse porende al señor de la propriedad, e de alli adelante non io deve aver, nin el otro aquien el otorgo. Ca como quieta qui este a tal que ha el vsufructo, en la cosa lo podria arrendar a otro si quisiesse, con todo esso el derecho que en ello avia, non lo puede enagenar. Vbi Gregorius Lopez nihil horum attigit: qua lege nostra Hispana Pomponij accepta est sententia *in d.l.si vsusfructus, ff.de iure dotium,* ibi: *Quoniam dicimus vsumfructum à fructuario cedi non posse, nisi domino proprietatis; & si extraneo cedatur, id est ei qui proprietatem non habet, nihil ad eum transire, sed ad dominum proprietatis reuersurum vsumfructum:* & cum Pomponio lege nostra Hispana recepta est opinio Azonis *in summa, C.de vsufructu, d.n.* 20.cum glossa *in d.§.finitur.* Itaque lege nostra constitussimum est, non posse ius vsusfructus ab vsufructuario alienari, etiamsi possit locari, ibi: *Otorgasse despues à otro alguno el derecho*: & ibi, *con todo esso el derecho que en el avia:* potest autem ius istud locare, nam verba illa, *Lo podria arrendar*, ad ius referenda sunt, ibi: *Que ha el vsofructo en la cosa, lo podria arrendar*; non inquit, *La podria arrendar*; sed, *Lo podria arrendar.* Vnde etiamsi ad longum tempus locet ius vsusfructus, non est visus alienasse, ex dispo- 31
sitione nostræ legis, retenta communi opinione cum glossa *in Clem.* 1. & ibi Cardinalis *de rebus Ecclesiæ*, ad quam adde Tiraquel. *in princip. retract.* §.1. *glos.*14. *num.*79. & 80. & latissimè Aluarum Vasquium *quæst.*29. *iuris emphyteutici, per totam*; quæ immeritò æquat conductionem ad longum tempus alienationi, contra veram opinionem, quam defendunt Franciscus Connanus *Commentariorum iuris lib.*7.*cap.*12. Pinellus *in l.*1. *Cod.de bonis mat.* 3.*part. num.*66. *& seq.* & tenet idem Aluarus Vasquius vbi suprà, *d. quæst.*29. *num.*28. qui tamen monet, non esse recedendum à communi in practica; aliqua tamen nobis attingenda sunt *capite seq.* Itaque nostra lege ius vsusfructus non potest alienari, etiamsi locari possit; & cùm lex nostra indefinitè loquatur, indefinitè accipienda est, scilicet siue locatio sit ad longum tempus, siue ad breue. De commoditate autem vsusfructus formanda est regula in contrarium, cùm propositum, nec prohibitum non reperiatur, vt locari, vel vendi non possit.

Ex qua lege Partitæ, cùm non solùm de vsufructu loquatur, sed de vsu quo- 32
que, ibi, *El vsufructo, ò el vso*, quadrat cum §.1. *Institut. de vsu & habitatione*, in prima parte, ibi: *Neque illi alij ius quod habet, aut locare, aut vendere, aut gratis concedere potest.* Rursum discrepat in duobus, quatenus ait vsum posse locari, quod negatur *in dict.*§.1. & quia dicit vsufructuarium posse vendere vsumfructum: at verò dicta lex Partitæ id negat, in quo quoque dictus §.1. pugnat cum dicto *§.finitur*, ex diametro.

Ex quibus quia lex Partitæ solùm ait, non posse ius vsusfructus & vsus 33
alienari, constat, quod vsusfructus qui non est ius, vtpote commoditas, & facultas percipiendi fructus, possit vendi, retenta communi opinione, de qua suprà, & acceptione nominis huius *vsusfructus*, quod aliquando ius, aliquando commodum ipsum fructuum, ferè rem corpoream, aliquando partem substantialem fundi & dominij, quod in eo nobis est, significat *ex dict. l.rectè, ex dict. l.*4. *ex dict. l.*1. *§.si vsusfructus*; vnde stante lege Partitæ, quæ planè alienationem iuris vsusfructus prohibet, duntaxat in Hispania reci-

pienda est sententia Antonij Gomezij *vbi sup.* vt scilicet ius vsusfructus alienari minimè possit, commoditas autem possit; quam opinionem communem dixerunt hi, de quibus suprà egimus. Nobis enim Hispanis, non Iureconsultorum responsa faciunt ius, sed leges nostræ patriæ, quæ nobis æquæ sunt, & secundùm veram iuris r. tionem vbique latæ: quod ius qui ignorabunt, necessum est vt nostras quoque leges ignorent, leges enim Iureconsultorum, responsa sunt prudentum, nec quicquam faciunt aut imperant, nisi ratione bona & naturali innitantur, vt in simili tenent Carolus de Grasaltis *lib.1. regal. Franciæ, priuileg.7.* Aluarus Vasquius *vbi sup. quæst.25.* ad finem, Molina *vbi sup. lib.1. cap.21. num.9.* quod nobis inferiùs necessariò attingendum est.

34 Quod attinet ad Iureconsultos, res difficilis est, vt patet ex dictis iuribus. Doctissimus Pinellus existimat, secutus Franciscum Balduinum *in dict.§. finitur*, impunè posse vsufructuarium vendere suum vsumfructum, etiamsi nomine vsusfructus intelligamus ius illud fruendi: itaque deducit regulam *ex d. l. arboribus*, & *ex d. l. non vtitur*, *cum l. sequenti, ff. de vsufructu*, & *ex d. l. cui vsusfructus, ff. eod.* adde legem *necessariò, §. vltimo, ff. de periculo & commod. rei vend.* Est mihi his omnibus fortius ius *in* §.1. *Instit. de vsu & habitatione*, qui de iure fruendi apertè loqui videtur, cuius verba suprà referuntur; cumque hoc vt certissimum constituat, totus eius labor in eo versatur, vt respondeat ad iura opposita, scilicet ad §. *finitur*, & *ad l. si vsusfructus, ff. de iure dotium*, & *ad l. nonam, C. de vsufr.* Nam quod adducitur *ex c. nuper, de donat. inter vir. & vxor.* certè parum aut nihil facit ad hanc quæstionem; namque ibi non erat omnino vsufructuarius, cùm terra donata ad vitam fuisset, non solus vsusfructus; & sic nihil facit ad §. vltimum, *l. necessariò, ff. de periculo & commodo rei venditæ*, in quo non terra, sed vsusfructus est datus venditusve, nihil refert. Licèt Antonius Cordubæ de Lara aliter explicet dictum §. *parens, num.* 7. verba eius §. finalis elegantia sunt; addere ea libuit, ferè enim ex eis conuincitur intellectus Pinelli, & aliquibus facere negotium possent. *Cùm vsumfructum* (inquit Paulus) *mihi vendis, interest, vtrum ius vtendi fruendi, quod solum tuum sit, vendas, an verò in ipsum corpus quod tuum sit, vsumfructum mihi vendas; nam priori casu, etiamsi statim moriaris, nihil mihi hæres tuus debebit, hæredi autem meo debebitur, si tu viuis: posteriori casu hæredi meo nihil debebitur, hæres tuus debebit.* Hæc Paulus, quæ lex quadrat

35 cum lege *si domina, C. de vsufructu*: distinguit ergo Paulus duos casus, & totum eius responsum acutum versatur in duplici specie. Prima est, si is qui solum ius habet fruendi, hoc est solum vsumfructum, ipsum vendat, ibi, *quod solum tuum sit*; & in hoc casu sic constituitur, vt si venditor moriatur viuo emptore, nihil debeatur emptori, quia cùm morte venditoris finitus sit vsusfructus, nihil hæredes venditoris debent emptori superstiti & viuo. Contrà verò si emptor moriatur viuo venditore, adhuc hæredibus emptoris debeatur vsusfructus, quia superstes est venditor; & quamdiu ipse viuit, durat vsusfructus, ibi, *nam priori casu, etiamsi statim morieris, nihil mihi hæres tuus debebit; hæredi autem meo debebitur, si tu viuis.* Altera species est, si is qui vsumfructum vendit, habeat & possideat ipsum corpus, in quo vendit vsumfructum,

ctum, id est si dominus sit fundi in quo vsumfructum vendit, ibi; *an verò in ipsum corpus quod tuum sit, vsumfructum mihi vendas*; quo casu inquit Paulus, si ipse, id est emptor, moriatur, nihil debetur hæredi meo, ibi; *posteriori autem casu hæredi meo nihil debebitur*: contra verò si tu venditor moriaris, quia emptor & vsufructuarius superstes sum, hæredes tui mihi emptori superstiti debebunt vsumfructum quandiu viuam, ibi, *hæres tuus debebit.* Hæc littera est illius §. finalis, *d. l. necessariò*, quæ non est à nobis frustra exposita; ex ea enim licèt textus ille allegetur, vt vsusfructus vendatur, forsan magis confirmatur communis opinio, quæ distinguit inter commoditatem & facultatem fruendi, & inter ipsum ius vsusfructus. Præmissa autem littera eius §. finalis, *d.l.necessariò*, Pinellus respondet *ad* §. *finitur*, quod ibi agitur de prohibitione alienationis vsusfructus, non quòd vsusfructus non possit alienari, sed ait *d.*§.*finitur*, prouisum esse proprietario, idque principaliter geri, ne ex alienatione fiat damnum proprietario, qui quidem esse poterat, si quemadmodum alienatio vsusfructus, vt ipse ait, permittitur; ita quoque nobis subinde additis nouis vsufructuariis ex multiplicatis alienationibus nunquam fieret consolidatio cum proprietate; quod malum vt vitaretur, ait constituisse Iustinianum, si alienatio fieret, vt ea nihil noceat proprietario, ita vt adhuc vsusfructus & ius fruendi dependeat ex persona ipsius cui constitutus est primò vsusfructus; quæ interpretatio licèt multa addat ad dictum §. *finitur*, qui nihil aliud statuit, quàm id, scilicet, vsumfructum alteri quàm domino cedi non posse; quod si extraneo cedatur, nihil fieri; nec multùm difficile erat Imperatori addere id quod Pinellus adstruit, scilicet, ne vsusfructûs consolidatio impediatur morte cedentis. Tamen etiamsi id demus Pinello doctissimo, voluisse Iustinianum scilicet prouidere, ne domino ius consolidationis dilataretur ex nouo vsufructuario, cui antiquus vsufructuarius cedit & ius suum vendit; cur obsecro, si commodum domini inquirimus, aut si vsufructuarius ius verè potest vendere & transferre, vt nihil penes se relinquat, esto quod nouus vsufructuarius, idemque emptor diutiùs viuat, vsusfructus tamen finiatur morte primi vsufructuarij, eiusdemque venditoris? cur, obsecro, si nouus vsufructuarius, isque emptor moriatur viuo & superstite venditore, eoque antiquo vsufructuario, si totum ius translatum est in eum, & ipse est verè vsufructuarius, & moritur viuente venditore, cur non finitur vsusfructus morte ipsius, cùm hæredi emptoris debeatur, quamdiu venditor viuit, penes quem erat vsusfructus separatus à proprietate, *d. l. necessariò*, *§.fin.* ibi: *Hæredi autem meo debebitur*, *si tu viuis*: quæ ratio id obtinet, vt non obstante venditione adhuc ius vsusfructus videatur residere & permanere penes venditorem; idque etiam obtinet, vt etiamsi expositio & interpretatio Pinelli habeat locum, si emptor diutiùs viuat, tamen mortuo emptore, viuente venditore, si vsusfructus venditus, & translatus esset, verè non dubium est quin consolidatio futura esset; cùm autem non fiat, sed adhuc expectetur mors venditoris primi, scilicet vsufructuarij, patet apud ipsum esse aliquod ius, & vsumfructum adhuc retineri; nec enim aliud esse potest id quod expectatur in ipso vsufructuario, qui vendidit & tradidit vsumfructum, quàm ius illud merum, quod cohæret perpetuo, nulláque ratione potest ab ipso vsu-

(36 in right margin beside "tore, eoque antiquo vsufructuario...")

fructuario amoueri: quod quidem mihi apertè probat textus *in dict. l. arboribus*, ex qua regulam in contrarium desumebat Pinellus, cuius verba sunt, vsufructuarius, vel ipse frui ea re, vel locare, vel vendere, vel alij fruendam concedere potest; nam & qui locat, vtitur, & qui vendit; sed & si alij precario concedat, vel donet; & puto eum vti, atque ideò retinere vsumfructum, & hoc Pegasus, & Cassius responderunt, & Pomponius *libro* 5. ex Sabino probat. Expende verba illa, *atque vtique retinere vsumfructum*; quasi referantur ad verbum *vendere*; retenta opinione Pinelli. Difficillima sunt namque; si ius vsusfructus potes vendere, & reuera vendis, & tradis, quî fieri potest, vt retineas vsumfructum. Idem probatur *in l. non vtitur, ff. eodem*, quem textum adducit Pinellus pro sua illa opinione, ibi: *Planè illud interest, quod si vendidero vsumfructum, etiamsi emptor non vtatur, videor vsumfructum retinere.* Quod si dicas cum Caio Iureconsulto *in l. quia qui pretio, ff. eodem*, quod is qui vendit, videtur retinere vsumfructum, quia vtitur pecunia quæ sibi data est loco vsusfructus, atque ob id videtur retinere vsumfructum, verum id quidem est quando agitur de amissione vsusfructus, qui ex non vsu amittitur; vendens enim vsumfructum, etiamsi emptor non vtatur, semper visus est venditor retinuisse vsumfructum vtendo pecuniâ; & ita intelligimus nunquam amissum vsumfructum: sed *in dict. l. arboribus*, expresè fit mentio eius vsufructuarij, qui donauit nullâ acceptâ pecuniâ, quem putat Iureconsultus adhuc vsumfructum retinere, & frui. Quod intelligi non potest, si apud ipsum nihil est relictum, verè enim tunc donatarius vtitur, non ipse qui donauit. Idem intelligendum est *in dict. l. non vtitur*: quare dicendum est vsufructuarium donando, vendendo, locando, semper ius aliquod retinere, quod à se amoueri non potest; propter quod ius perpetuum, siue emptor diutiùs viuat quàm venditor, siue statim moriatur antequam venditor, adhuc semper attendimus vitam venditoris, penes quem semper intelligimus situm, & positum esse ius illud vsusfructus, vt *in dict. §. finitur*, & clariùs *in dict. §. fin. dict. l. necessariò*, & *in dict. l. si domina.* Nec nouum est in his iuribus, & similibus, quantumcumque vendas, vel dones, apud te semper ius inuiolatum retineri, quod à te eiicere, & propellere non potes. Quæ enim iuris sunt, à nobis amoueri non possunt, sed perpetua sunt, & perpe-
37 tuò adhærent, vt est in venditore hæreditatis. Licèt enim hæres vniuersam hæreditatem vendiderit, & omnes res hæreditarias emptori tradiderit, nihilominus tenetur respondere creditoribus & legatariis, *l. 2. Cod. de hæredit. vel actione vend.* & glossa ibi prima, & Scribentes, & Antonius Cordubæ de Lara *in dict. §. parens, num.* 63. Nec enim hæres vendendo hæreditatem desinit esse hæres, sed adhuc vt hæres conuenitur, & retinet iura hæredis, nihilque nocent sibi venditio, & traditio. Facit *§. at si ita stipularis*, ibi: *Quia ad tempus non potest deberi: Institutis de verborum obligationibus*, & *§. sed quæ facit, Institutis de bonorum possessionibus.* Qui enim semel hæres extitit, non potest regulariter desinere ipso iure hæres esse, *l. etsi sine, §. sed quod Papinianus, ff. de minoribus, l. is qui, l. hæreditas ex die, ff. de hæredibus instituendis.* Ergo ex qua parte vsusfructus est ius, vt *in dict. l. rectè*, planè perpetuum est, & semper retinetur, nullaque alienatione amouetur, nec ceditur, nec vllo actu alienatur,

sed

ſed perpetuò durat; & verè iſthuc eſt, quod dicitur *in dict.* §. *finitur*, vbi hæc duntaxat ſunt verba; *nam cedendo extraneo nihil fit*; quo nihil neque breuius, nec apertius dici potuit; quantumvis enim vſufructuarius cedat, nihil agit, quia non poteſt non eſſe vſufructuarius, & retinere iura vſufructuarij, etiamſi facultatem percipiendi fructus tranſtulerit, quia illa duo plurimùm differunt inter ſe: idem quoque apertè & dilucidè expreſſum eſt *in dict. l. ſi vſusfructus*, ibi: *Quoniam dicimus vſumfructum à fructuario cedi non poſſe, niſi domino proprietatis; & ſi extraneo cedatur, id eſt ei qui proprietatem non habet, nihil ad eum tranſire, ſed ad dominum proprietatis reuerſurum vſumfructum.* Hæc Pomponius, vbi ait, nihil tranſire ad emptorem, & quadrat cum dicto §. *finitur*, ibi, *nihil agi:* quod ſubdit verò, *ſed ad dominum proprietatis reuerſurum vſumfructum*, planè intelligendum eſt, ſcilicet omninò peruenturum ad dominum vſumfructum. Nihilque in alienatione factum geſtumque eſſe, idque futurum vel morte vſufructuarij, vel ex alia cauſa, ex qua conſolidatio ſequi poteſt. Nihilque aduertendum eſſe ad emptorem, ſiue ipſe diutiùs viuat, ſiue ſtatim moriatur, vt *in dict. l. neceſſariò*, §. *final.* eſſeque & permanere apud ipſum ſemper ius illud vſusfructus, nec vlla arte, aut conſilio ab eo auelli poſſe: nec enim illa verba, *ſed ad dominum proprietatis vſumfructum reuerſurum*, pœnalia ſunt, nec pœnam continent, quâ puniatur vſufructuarius alienans vſumfructum: ſed ſimpliciter & enuntiatiuè poſita ſunt à Iureconſulto, propter id quod dixerat, ceſſionem vſusfructus non poſſe fieri niſi domino; quod ſi fiat, inquit, alij, nihil agitur; ad dominum enim proprietatis directò ab vſufructuario reuerſurus eſt vſusfructus: & licèt conditores legis Partitæ intellexerint illa verba, quaſi addita in pœnam vſufructuario alienanti, vt ob id amittat vſumfructum, certè magis ſecuti ſunt Scribentium opinionem, quàm Pomponij Iureconſulti ſententiam, quia ea verba pœnalia eſſe noluit.

Animaduerte tamen, Antonium Cordubæ de Lara explicuiſſe illa iura mutuò diſſidentia ex etymo verbi *cedere*, & verbi *vendere*, vt ſeruitus vendi poſ- 38
ſit, cedi verò minimè poſſit; cùm vendere rem alienam poſſis, dare non poſſis, ita vt in incorporalibus id efficiat ceſſio, quod in corporalibus traditio, quaſi id aduerterint Iuriſconſulti dum inquiunt, ſeruitutem vendi poſſe, cedi non poſſe; quæ ipſe optimè fundat *in* §. *parens, num. 66. l. ſi quis à liberis, ff. de liberis agnoſcend.* quod quidem elegans eſt, & magis confirmat communem opinionem, vt ius illud omninò amoueri à nobis non poſſit, vt ſi quid amotum reperiatur, ad commoditatem & fructum referendum ſit, non ad ius, vtque opinio illorum omnino deſtruatur, qui non diſtingunt inter vſumfructum qui ius ſit, & vſumfructum qui ſit commoditas, ex varia acceptione nominis; eſt enim maximè neceſſaria iſthæc diſtinctio, vt iura intelligantur, quæ de vſufructu prodita ſunt.

Sit igitur regula, quod vſufructuarius poteſt alienare, cedere, donare, 39
vendere, & locare vſumfructum & ius quoddam percipiendi fructus: quod ius & vſusfructus parum diſtat à fructu, ſicuti rector parochialis cedit, donat, vendit, locat laicis ius quoddam percipiendi decimas; quod ius longè diſtat ab eo iure, quo decimæ pertinent ad rectorem, cuius incapax omnino laicus

laicus est, quodque cedendo, locando, vendendo decimas suas & sibi debitas altero illo iure, priore magis vti videtur Sacerdos, vt diximus capite præcedenti, & latè fundat Soto *de iust.& iur. lib.9. art.3. in principio.* Ius autem illud vsusfructus primùm, quo quisque vsufructuarius constitutus est, omnino cedi & amoueri non potest, ratione illa, quia perpetuum est, de quo iure perpetuo intelligimus dictum *§.finitur*, & *l.si vsusfructus, ff.de iure dotium*, & legem nostram Hispanam Partitæ, & dictam *l.necessariò, §.final.* quatenus ibi vendito vsufructu, & translato in emptorem, mortuo emptore superstite venditore vsusfructus non fit consolidatio, sed vsusfructus debetur hæredibus emptoris quandiu viuit venditor; alterum verò ius, quod rectiùs facultatem fruendi vocamus, quam vendit, locat, donat, & cedit vsufructuarius alij, qui ex ea facultate, aut iure fructus percipit & vtitur, fruiturque, longè diuersum ab illo, & separatum existimamus; proximè enim accedit commoditati, & rei; de quo intelligimus legem *arboribus*, cùm vsusfructus, & fruendi ius illud antiquum & primæuum magis retineatur ex cessione, donatione, venditione huius secundi iuris & facultatis, *ex dict. l. arboribus*, & *dict. l.non vtitur*, & *l.seq. ff. de vsufr.* Quantò enim magis cedit, donat, & vendit hanc facultatem, & ius vtendi fruendi, magis retinet vsumfructum, & ius illud antiquum, & primæuum vtendi & fruendi, quod perpetuum est cum vita, locando vtitur, item & vendendo; & dum donat, vtitur & fruitur, *dict.l.quia qui pretio*, & *dict. l.arboribus*, instar Sacerdotis, qui quantò magis locat iura decimarum, magis ipsa retinet; exercet enim ius illud, quod penes se est, & penes alterum esse nequit; & hoc modo intelligimus iura posse conciliari non recedendo à receptis sententiis. Nec nouum tibi videatur, quod iura vendan-
40 tur; sunt enim iura hæc in bonis nostris, & venduntur, *l. à Diuo Pio, §. in venditione, ff.de re iudicata*, ibi: *Quod si nec ea quæ soli sunt, sufficiant, vel nulla sint pignora soli, tunc peruenietur etiam ad iura.* Præterea ius est veluti quædam facultas; & ita dicimus habere nos ius adeundi, id est facultatem adeundi, & ius agendi ad supplementum, & ius substituendi pupillariter moribus receptum. Nihil mirum igitur, quod illa facultas fruendi dicatur ius à Iureconsultis, & quod vendatur, cedatur, & alienetur; est enim veluti res quædam nostra corporea, parum distans à fructu, & ita quadrat diuersa & multiplex acceptio huius nominis agnita à Iureconsultis, vt diuersimodè accipiatur; statuere enim de vsufructu vniuersè non licet sine periculo; & nisi hæc iura, quæ dissidere videntur, componas, aliter intelligi vix possunt: & omnia hæc adde ad ea quæ notat doctissimus Couar. *variarum resolutionum lib.1. c.8. num.7.versic. quid si pater, ad medium.*

41 Vnde si quis hodie simpliciter vendat vsumfructum quem habet, etiam stante lege nostra Partitæ, non videtur amittere vsumfructum, quia potest venditio ipsa verificari in hac facultate percipiendi fructus, vel in hoc iure, quæ est in bonis nostris, & venditur, vt *in dict. §. in venditione*; secus verò si vendat vniuersum ius vsusfructus quod habet, vel totum ius vsusfructus quod habet, vel quicquid iuris habet, quia tunc ex natura vniuersalis, totum ius & vniuersum ius vsusfructus venditur, & fit locus legi Partitæ. Itaque si vniuersali nomine ius vsusfructus vendatur, locus est legi Partitæ, secus si indefinitè,

finitè, quia indefinita hæc locutio non æquipollet vniuersali, cùm multiplex & æquiuoca sit acceptio ipsius.

Infertur etiam, quod si vendat vsufructuarius vsumfructum, cùm adhuc remaneat vsufructuarius, ex iure illo perpetuo, quod amoueri non potest, quod 42
adhuc venditor de damno conuenietur, non emptor, instar hæredis, qui vendidit hæreditatem, & adhuc legatariis & creditoribus tenetur, *dict. l. 2. C. de hæreditate vel actione vendit.* Si igitur res damnum passa sit, quod quæsita tempore seruitus sit, vel damnum aliud patiatur; tunc quidem adhuc venditor conueniendus est, qui secundo iudicio contra emptorem experietur.

Præterea cùm vsufructuarius possit nomine domini nuntiare opus nouum, 43
& sit veluti vtilis procurator, *l. 1. §. final. ff. de operis noui nuntiatione*, profectò id emptori non est concedendum, sed permittendum venditori, qui ius illud perpetuum non obstante venditione retinuisse visus est, ac subinde semper est vtilis procurator.

Præterea si arbores fructiferas exciderit emptor, vel villam diruerit, vel quicquam fecerit in perniciem proprietatis, profectò venditor domino tenebitur, 44
ipse autem emptor venditori, quia sic poscit iuris ratio, argumento dictæ legis 2. *C. de hæredit. vel actione vendit.* tenebitur autem iuxta legem *æquissimum, ff. de vsufruct.* de quo proximo capite.

Præterea ex hac differentia, scilicet inter verum ius vsusfructus perpetuum, & nunquam amouendum, & ius illud vsusfructus, quod vendi potest, vel facultatem percipiendi fructus, quæ parum distat à commoditate, quam differentiam breuiter agnouit Ludouicus Molin. *lib. 1. de Hispanis primogeniis, cap. 20. num. 2.* inferri potest vera ratio ad id quod tradit idem *vbi sup. cap. 19. num. 33.* & arbitramur eam rationem deducendam esse ex his quæ diximus; cùm enim verissimum sit, parentem in bonis maioratus filij habere verum vsumfructum, sicuti in aliis bonis, quorum plenum dominium habet filius, 45
sine futura restitutione necessaria, quod contra Rodericum Suarez, & Pinellum, & Tellium Fernandez, tenet idem Ludouicus Molina *dict. lib. 1. c. 19. num. 19. 20. & 23.* quod quidem verissimum est, nisi institutor maioratus expresè dispofuerit, quod parentes ex bonis eiusdem maioratus, in quibus eorum filij successerint, vsumfructum percipere non possint; tunc enim seruandam huiusmodi prohibitionem asserunt plures & bene, etiamsi non expresè facta sit parenti isthæc prohibitio percipiendi vsumfructum; sed etiam quando hæc prohibitio intelligitur ex coniecturata mente instituentis maioratum, dum verba apta sint, vt prohibitionem inducere possint. Boërius *decisione 193. & 194.* Menchaca *de successionum progressione lib. 3. §. 26. num. 32.* Ludouicus Molina, qui refert Paul. Raphaëlem, Cuman. Aretinum, & Socinum, & alios *vbi suprà, num. 38.* Quam quidem Doctorum Scribentium traditionem ita accipit Angelus *in §. igitur, Institutis per quas personas nobis acquiritur*: quem sequitur Iason *in l. cùm filio, ff. de legatis 1. num. 157.* vt scilicet ex hac prohibitione non intelligatur prohibita commoditas & facultas 46
percipiendi fructus; quam nomine quoque vsusfructus intellexerunt Iureconsulti: quod quidem specie ipsa videbatur secundùm ius, quia cùm nomen vsusfructus videatur æquiuocum pro iure illo perpetuo, & nunquam amouibili;

bili; item & pro commoditate, & facultate percipiendi fructus, videbatur habere locum regula Dialecticorum, vt analogum per se sumptum stet pro famosiore significato; & ita prohibita vsusfructus perceptione, videbatur intelligendum prohibitam perceptionem vsusfructus illius perpetui, quod in iure totum consistit, de quo diximus; non verò facultas percipiendi fructus, hoc est commoditas, tanquam minùs principale significatum eius nominis: sed meritò Ludouicus Molina decedit ab hac interpretatione Angeli, quæ proculdubio est falsa, idque *numero* 33. *vbi suprà*, & facit pro eo ratio deducta ex his quæ superiùs diximus; quia nomen hoc vsusfructus æquè & principaliter *ex dict. l. rectè*, & *l.* 1. §. *si vsusfructus*, *ff. ad legem Falcidiam*, & *l. arboribus*, & *l. non vtitur*, *ff. de vsufructu*, & *ex dict.* §. 1. *Institutis de vsu & habitatione*, iuncto §. *finitur*, & *l. si vsusfructus*, *ff. de iure dotium*, & *dict. l. necessariò*, §. *fin.* vtrumque significat. Vnde nec est locus regulæ Dialecticorum, nec doctrinæ Angeli, quia qui vsumfructum prohibet percipiendum, totum dicit indefinitè, nec quicquam in contrarium in hac re decisum est, ob idque pater percipere vsumfructum non poterit. Contrarium existimabat dicendum idem Ludouicus Molina, si institutor non prohibuerit perceptionem vsusfructus, sed alienationem bonorum. Tunc enim adhuc ipse existimat patrem posse habere commoditatem & facultatem vtendi & fruendi, idque verum est, tum ex eo quod ipse adducit, scilicet quod alienationis prohibitio non excludit perceptionem commoditatis; fortasse enim dicendum esset contrarium: sed illa ratio est, quia commoditas illa vsusfructus est in bonis possessoris, non in bonis de quibus facta est prohibitio alienationis; institutor enim prohibens bona alienari, de bonis à se relictis intellexit, non de bonis possessoris; de his enim alia magis particularis prohibitio est necessaria. Vnde si institutor præter prohibitionem alienationis bonorum, addat quoque ne vsusfructus alienetur à possessore, qui casus distat ab eo de quo suprà, quia illa prohibitio specifica est, scilicet ne pater ratione patriæ potestatis habeat vsumfructum; hæc verò indefinita & generalis, ne vsusfructus alienetur; in hoc casu existimamus, non posse item patrem habere commoditatem, nec facultatem vtendi fruendi ratione patriæ potestatis; quia hìc non solùm viget acceptio propria nominis, quæ propriè & ius, & facultatem, & commoditatem comprehendit; sed etiam facit ratio euidentissima, quia cùm institutor prohibet alienationem vsusfructus, non possunt verba ista intelligi, nisi de vsufructu qui aliàs poterat alienari, hoc est, vt diximus, de facultate vtendi, & fruendi, & commoditate; de vsufructu autem, qui ius est, non poterant intelligi, quoniam ille vsusfructus, qui in iure consistit, perpetuus est, & alienari non potest, *ex dict.* §. *finitur*, & *dict. l. si vsusfructus*, & *dict. l. Partita.* Ex quibus nihil intererat quod institutor vel expressè prohibuerit perceptionem vsusfructus, vel quod generaliter prohibeat alienationem vsusfructus; vtroque enim casu, ex diuersa tamen ratione, commoditas non percipitur; diuersa tamen ratione, & diuersum est, si institutor prohibuerit bona alienari: tunc enim commoditas, & facultas fruendi & colligendi fructus permittitur, quia etiamsi commoditas in bonis sit, est tamen in bonis possessoris, non in bonis eius qui prohibuit,

nec

nec ex bonis, de quibus facta est prohibitio, ne alienaretur; quæ descendunt omnia ex varia acceptione nominis, & quotidiana sunt, & recepta: & si retineas opinionem Pinelli, qui ridet distinctionem vsusfructus, quatenus est ius, à commoditate, & qui eam sequuntur; planè inutilia sunt: cùm autem sint vtilia, necessariò refutanda fuit à nobis opinio ipsius, inquisita veritate, & quantùm arbitror reperta, vt communes & receptas sententias existimemus non esse leuiter reiiciendas.

Eadem hæc faciunt ad quæstionem de confiscatione vsusfructus, quod tra- 47
ctauit Antonius Gomez *dict. cap.15. num.16.* & alij, quos modò adducemus, ex nouioribus,& antiquioribus; vt scilicet quia ius illud inseparabile vsusfructus nec vendi, nec alienari potest ab vsufructuario, nullo modo confiscetur; alter verò vsusfructus, incorporeus ille quidem, id est facultas percipiendi vsumfructum, & commoditas, ille quidem fisco applicetur, *argumento dict. l.necessariò, §.finali, ff. de periculo & commodo rei vendita:* & quod dicebamus, scilicet vt consolidatio fiat, mortem vsufructuarij, penes quem vsusfructus conseruatur, expectari, ratio est elegans ad omnia quæ de vsufructu tractantur. Textus est etiam ad hoc, vt mors expectetur eius penes quem est ius vsusfructus, *in l.si postulauerit*, §. *iubet, ff. ad legem Iuliam de adulteriis*, ibi: *Proinde in communi partem publicamus; in proprio, cuius vsusfructus alienus est, nudam proprietatem: in quo tamen vsumfructum habuerit reus, magis est vt perceptio vsusfructus ad publicum incipiat pertinere.* Hæc Vlpianus, qui ex illis verbis, *magis est*, proculdubio innuit difficultatem subesse, quia ius vsusfru- 48
ctus alienari non poterat, vt suprà diximus; & quæ non possunt alienari per contractum, vel vltimam voluntatem, confiscari non possunt, *l. Imperator, ff. de fideicommiss. libertatib.* vbi Bart. Antonius Gomez *vbi suprà*, quod intellige cum Bartolo *in l.si quis in tantam, Cod. vnde vi, num.12.* si modò prohibitio alienationis facta fuit in fauorem tertij, non solius delinquentis; si enim solum fauorem delinquentis respexerit, tunc quidem confiscationi locus est. Ita post Bartol. resoluit Ludouicus Molina *de Primogeniis lib.4. cap.11. num.5.* qui ad hoc multos allegat, inter quos Bald. *in l.legatarius, ff. de excusationibus tutorum*; Angelus, Segura, Iason, Ripa, Ambrosius de Opizo, Decius, Socinus, Couarruuias, Ruinus, Roland ab Valle, Thom. Grammatic. Cassaneus, Claudius Cremensis, Bernardus Diaz de Lugo in practica, Ægidius Boscius, Rubeus. Inter quos plures indistinctè loquuntur, distinctionem Bartoli *in dict. l.si quis in tantam*, non agnoscentes, etiamsi ad illud allegentur; ea tamen vera est, & exemplum ponit idemmet Bartolus *in dict.l.si quis in tantam*, vbi vide. Meritò igitur Vlpianus in illa quæstione de confiscatione vsusfructus, licèt animaduerteret ius illud alienari non posse, tamen cùm intelligeret esse vsumfructum quoque alium, id est commoditatem, *magis est*, inquit, *vt perceptio vsusfructus ad publicum pertineat.* Est igitur in hoc recepta sententia, vt commoditas confiscetur, retento iure vsusfructus, qui inseparabilis est.

Ex qua ratione infertur, quod id quod paciscendo quis efficere non potest, 49
minimè quidem id potest delinquendo: tenent omnes de quibus suprà, *proximo num.48.* in hoc enim omnes conueniunt. Vnde si mulier ex priori ma-

trimonio filios habuerit, & secundò nupta adulterium commiserit, ob quod bona mulieris viro applicantur ex iuris nostri dispositione, & *l. cùm mulier, ff. solut. matrimon.* certè filiis legitima portio reseruabitur, nec ea ad maritum
50 pertinebit, quia delinquendo mulier non potuit filios fraudare portione legitima, sicuti nec paciscendo. Tenet Cremensis *singulari 66.* ex Baldo *in l. hac edictali, Cod. de secundis nuptiis:* quem vide, quia is qui delinquit, iuxta Cremensem, cum fisco quasi contrahit, *l. Imperator, ff. de iure fisci*, ibi: *Tu teipsum pœnæ subdidisti.* Facit lex *si filius, Cod. de bonis proscriptorum*, Bart. *in dict. l. si finita, §. si de vectigali, ff. de damno infecto, n. 12.* Alexand. *cons. 13. lib. 1.*

Item facit, quia illa quæ non transeunt ad extraneos hæredes, non con-
51 fiscantur, *l. eorum, ff. ad legem Iuliam maiestatis, l. iura liberorum, ff. de iurepatronat.* Antonius Gomez, & Ludouicus Molina *vbi suprà*, Hippolytus *in l. fin. ff. de quæstionibus, num. 149.* Alex. *consil. 23. num. 5. lib. 1.* Vnde si delinquens habeat feudum vel emphyteusin ecclesiasticam, tunc illa non veniunt in confiscationem, de quo vide Bernardum Diaz de Lugo *in Practica, cap. 124.* quod si meliorationes reperiantur in bonis emphyteuticis, illæ confiscantur, quia ad delinquentem omni iure pertinent, & sunt res propriæ, & ad hæredes cum bonis hæreditariis deferuntur: ita tenet Cardinalis *in Clementina nolentes, §. Inquisitoribus, num. 4. versic. & videtur quod ob delictum, de hæ-*
52 *reticis*, ex Speculatore, & Ioanne Andrea, sequitur Bernardus Diaz de Lugo vbi suprà: quod intelligendum est dupliciter, tum in emphyteusi, tum in feudo: nam meliorationes repertæ in re feudali ad dominum pertinent, ex his quæ diximus proximo capite, & secundùm veriorem intellectum, *§. si vassallus, hic finitur lex, deinde consuetudines in vsibus feudorum*, & ex lege nostra Partitæ suprà adducta capite proximo, atque in emphyteusi intelligendum est de maioribus expensis & meliorationibus, quæ non veniunt ex necessitate & natura contractus emphyteutici, & proprietate nominis: illæ enim sequuntur rem emphyteuticam, de quo latiùs diximus suprà.

Et an iuspatronatus veniat confiscandum, vide eundem Bernardum Diaz de Lugo *vbi suprà*, & an feudum, vide Molinam *vbi suprà, lib. 4. cap. 11.* & vtrum res quæ fideicommisso subiecta est, & tacitè alienari prohibita, vide eundem Molinam *suprà, num. 6. & 11.* in quo recurrendum est ad legem *ex facto, §. ex facto, ff. ad Trebel.* & *ad l. Statius Florus, §. Cornelio Felici, ff. de iure fisci, l. cùm pater, §. hæredit.* vbi scribentes, *ff. de legatis.*

In hoc vltimo difficultas occurrit ex doctrina Bart. *in dict. l. si quis in tan-*
53 *tam*, decidenda, si quis vsufructuarium facit ea lege, ne vsumfructum alienare possit; quo casu de commoditate intelligendum est, non de iure inseparabili; vel dicit quod si commoditas vsusfructus alienari non possit, an si vsufructuarius delinquat, possit hæc commoditas confiscari; in quo admittenda est distinctio Bartoli *in dict. l. si quis in tantam*, argumento textus *in l. filiusfamilias, §. Diui, ff. de legatis 1.* ibi: *Fisco fraudi esse.* Quod si in casu alienationis alium vocet, tunc fisco locus non erit, sed vocato, ex Bartolo *vbi suprà.*

CAPVT

CAPVT XI.

De vsufructuario Episcopo, beneficiario, Prælato, & aliis his similibus expendentibus, aut meliorantibus.

Notabilia ex capite vndecimo.

1 *Vsufructuarius tenetur facere omnia, quæ diligens rei custos facere tenetur.*

2 *Pater quamuis fructuarius sit, instar tamen domini est.*

3 *Fructuarius agere potest nomine proprietarij tanquam procurator sine mandato.*

4 *Et an sit procurator in rem suam.*

5 *Quas expensas fructuarius facere teneatur, & de magnis & paruis expensis.*

6 *Quomodo accipiendum sit, quod dicitur fructuarium omnium bonorum legitimum teneri ad solutionem legatorum.*

7 *Differentia magnæ & paruæ quantitatis recipienda est in vtroque vsufructuario legitimo, & datiuo.*

8 *Impugnatur hoc ipsum, & quod in parente legitimo fructuario non sit habenda ratio magnæ vel parvæ expensæ circa lites.*

9 *Filius est res patris, & de eo tanquam de re propria pater disponere poterat.*

10 *Si lis moueatur circa vsumfructum, fructuarius expensas præstat sine distinctione: & excusatur Anton. Gomez.*

11 *Temperatur quod dictum est de patre expendente circa lites, nouè, & vtiliter.*

12 *Circa expensas in reficiendo non est distinguendum inter fructuarium legitimum, & non legitimum.*

13 *Expensa magna vt recuperetur, debet pertinere ad perpetuam vtilitatem rei.*

14 *Meliorationes magnæ quantitatis factæ à parente in rebus filij, conferuntur à filio aliis fructibus:* & numero 15. *si fiant constante matrimonio, mulieri dimidium dandum est.*

16 *Magnæ & paruæ quantitatis ratio iudicis arbitrio relinquenda, ex personarum & rerum qualitate.*

17 *Magna res, & causa comparata ad maiores expensas, dicitur parua, & est vtile.*

18 *Domum ex vetustate collapsam non tenetur hæres erigere; & si erexerit, non impeditur fructuarius vti, si ex parte corruat.*

19 *Domus exustæ & reparatæ non habet fructuarius vsumfructum, ita vt neque areæ constet vsusfructus, & de agro inundato,* num. 20. *& de vsufructu syluæ excissa sylua,* num. 21. *& de auro & argento, ex quo vasa facta sint,*

numero 22. *& de vsufructu nauis disiecta naui; & quadrigarum perempto equo*, num.23.

24 *Et quod pater mutata forma rei habeat vsumfructum propter patriam potestatem.*

25 *Vsufructuario reficere volenti non cogitur dominus pecuniam præstare, recuperat autem consumptam & expensam à domino, si magna sit : &* num.26. *quod fructuarius nunquam compellitur reficere.*

27 *Nemo compelli potest vt se obligationi committat :* & num.28. *quod vsufructuarius non necesse habeat commouere dominum vt reficiat : reprobatur Hotomani sententia.*

29 *Fructuarius si modicam expensam, ad quam tenetur, omiserit, tenetur.*

30 *Quando fructuarius teneatur ob omissam magnam impensam, ad quam non tenetur.*

31 *An vsufructuarius possit cædere syluam, & quæ dicatur sylua cædua, & non cædua.*

32 *Arbores fructiferas excidere non potest fructuarius : &* num.33. *si cadat arbores frugiferas, posse eiici ab vsufructu; &* num.34. *quod idem obseruetur in emphyteuta.*

35 *Incisio syluæ cæduæ debet esse ad vtilitatem, non ad destructionem : &* n. 36. *quod maritus & emphyteuta possint incidere arbores cæduas, quæ tamen ad longum tempus renascuntur, si tandem aliquo tempore renascantur; adducitur lex* diuortio, §. si vir, ff. solut. matrim.

37 *Quid si alicui relinquatur vsusfructus syluæ non cæduæ, an cædere possit.*

38 *Fructuarius non mutat formam rei, &* num. 39. *fundus quot partes habere debeat ex M. Catone.* de re rustica, *& declaratio legis fundi nomine*, ff.de verb. signif.

40 *Nihil nouum facere potest fructuarius in re fruenda : &* num.41. *quod pro Albariis, Albini dicantur quidam artifices* in l.2. C. de excusationib. artificum, *& restituitur.*

42 *Fructuarius perficere opus inchoatum non potest, &* num. 43. *quod nec proprietarius in damnum fructuarij.*

44 *Lex* æquissimum, §. proinde, vers. & si fortè, ff. de vsufruct. *difficillima, cui vix solutio, nec ratio possit excogitari.*

45 *Fructuarius onera & tributa rei soluit, & soluens sibi expendit, nihilque eo nomine à proprietario expectat, sequuntur enim fructuum perceptorem.*

46 *Pro rata fructuum quisque ad onera, & tributa realia tenetur.*

47 *Quin & tributa de nouo imposita, non solùm antiqua ad eos pertinent, qui fructus percipiunt.*

48 *Quod fallit, si vsusfructus contingant ex causa onerosa, tunc enim onera & & tributa non consueta non expendit fructuarius.*

49 *An fructuarius teneatur ad onera præterita; res pro tributis & oneribus sunt tacitè hypothecatæ.* num.50.

51 *Vsufructuarius expendens nomine onerum & tributorum, quæ debebat possessor, eo nomine conuenit possessoris hæredes, &* num.52. *quod illud sit generale in eo qui soluit decimas præteritas, &* num. 54. *in possessore beneficij qui soluit pensiones decursas & præteritas.*

55 *Et*

55 *Et procedit id adeo, vt etiamsi pactum conuentum sit in contrarium, nihil prosit.*

56 *Expendit etiam fructuarius collectas soluendo, & quid sit collecta, &* num. 57. *Quid collecta, & an sicuti tributum, sequatur eos qui fructus percipiunt.*

58 *Pensionarius, & beneficiatus, vterque pro modo emolumenti soluit collectas: &* num. 59. *quod in hoc plurimùm possit consuetudo.*

60 *Ponitur casus in quo ratione fructus non habetur ratio expensarum, vt deducantur.*

61 *Et an onera & tributa sint soluenda fructuario, etiamsi vsusfructus remaneat sine vtilitate, contra communem & receptam sententiam cum Pinello.*

62 *An vsusfructus expendat circa soluenda legata,* ad l. fin. ff. de vsufructu legato.

63 *Declaratio* ad l. 21. Tauri, *& traditur ibi nouus & verus intellectus.*

64 *Tenentur vsufructuarij inuentarium facere, &* num. 65. *quod sit id recipiendum in patre.*

66 *Beneficiati, Prælati & Episcopi tenentur inuentarium facere,* num. 67. *item & hæres restiturus hæreditatem; item & possessor maioratus,* num. 68.

69 *Et hi tenentur resarcire damna & deteriorationes, quæ contingunt in ipsis rebus Ecclesiæ & dignitatis, &* num. 70. *practica Hispaniæ in taxandis deteriorationibus huiusmodi.*

71 *Meliorationes quas faciunt beneficiati, Prælati, & Episcopi, in rebus Ecclesiarum & dignitatum, fiunt Ecclesiæ, nec quicquam recuperant facientes, vel expendentes.*

72 *Aliquando beneficiati vel eorum hæredes possunt recuperare has expensas.*

73 *Episcopus, vel Prælatus, vel beneficiatus si deteriorauit res quasdam, quasdam verò meliorauit, non fit compensatio, sed illas amittit, & damnum resarcit.*

St in hac re primò constituendum, fructuarium habere rei, quâ fruitur, & vtitur, quandam curam, & custodiam, & teneri facere omnia illa, quæ diligens rei custos facere tenetur, *l. 1. §. fin. cum l. seq. ff. de vsufruct. quemadmod. caueat.* ibi: *Interdum autem inerit proprietatis æstimatio, si fortè fructuarius cùm posset, vsucapionem interpellare neglexit, omnem enim rei curam suscepit.* Quod quidem de vsufructuario dato, & vsufructu habito ex dispositione hominis intelligendum est, quatenus hunc vsumfructum distinguimus ab eo vsufructu, qui iuris potestate defertur, vt in patre respectu bonorum aduentitiorum filij, quem in potestate habet. 1

2 Licèt enim pater vsufructuarius sit, domino tamen propiùs accedit, & instar proprietarij est, vt dicebamus suprà *ex l. 1. Cod. de bonis mat.* ibi: *Omnia potest agere ac si perfectè dominus sit, & l. cùm oportet, §. non autem, Cod. de bonis quæ lib.* ibi: *Plenissimam potestatem, l. fin. §. sin autem æs alienum, in fin. Cod. eod.* & aliis oneribus, quæ ab vsufructuariis extraneis exigi solent, liberatur; hoc enim particulari ratione receptum in patre est, qui ratione patriæ potestatis, vitæ, ac necis filij, eiusque bonorum dominus est, *l. in suis, ff. de lib. & posth.* reliqui verò vsufructuarij sunt veluti custodes, & gerunt earum rerum, quibus

quibus vtuntur, fruuntur, curam & solicitudinem, Bartol. *in dict. l. 1. §. fin. ff. vsusfructus quemadmodum caueat.* idem Bart. *in l. 1. §. fin. ff. de noui operis nuntiat. num. 9.* & ibi omnes, & Ias. *num. 3.* idem Bart. *in l. cum ad quem, Cod. de*
3 *vsufructu*, & ibi Paul. Bald. *in l. 2. Cod. vbi in rem actio*, Molin. *in consuetudinibus Parisiens. §. 1. num. 10.* quod quidem adeò verum est, vt talis vsufructuarius habeat ad rem tuendam facultatem, & possit nomine proprietarij agere tanquam procurator sine alio mandato. Bald. *in dict. l. 1. §. fin. ff. vsusfruct. quemadmod. caueat.* Bartol. *in l. de die, §. quidem, ff. qui satisdare cogantur*, vbi ait vsufructuarium censeri procuratorem in rem suam, & habere mandatum generale. Paul. *in l. eum ad quem, Cod. de vsufructu*, Bald. qui latè id agit *in cap. quoniam frequenter, num. 11. vt lite non contest.* tradit etiam latè Ias. *in l. 1. § fin. ff. de noui oper. nuntiat.* & post eum idem Molineus *vbi suprà*, & post hos Antonius Gomez *tom. 2. cap. 15. num. 6.* & Pinellus *in l. 1. Cod. de bonis mat. part. 2. num. 16.*

4 Ex quorum traditione vsufructuarius non solùm est custos, & rei curam suscipit, verùm habet mandatum generale, & procurator censetur in rem suam. Habet hæc traditio textum *in l. 1. §. fin. ff. de noui oper. nuntiat.* cuius verba hæc sunt: *Vsufructuarius autem opus nouum suo nomine nuntiare non potest, sed procuratorio nomine nuntiare poterit, vel vendicare vsumfructum ab eo, qui nouum opus facit; quæ vendicatio præstabit ei quod eius interfuerit opus nouum factum non esse.* Hactenus Vlpian. ex quo textu id deduxere omnes, de quibus suprà meminimus: & licèt Ioan. Crotus *in repet. l. 2. §. nuntiatio, ff. de noui oper. nuntiat. num. 9.* agat *de § fin. dict. l. 1.* demùm concludit non esse fructuarium procuratorem in rem suam, eo quòd non potest nuntiare nouum opus nomine proprio, quod faceret si in rem propriam esset procurator: cùm autem non nuntiet nomine proprio, concludendum est, non esse procuratorem in rem propriam, idque ibi ille attigit, attingens quæstionem, an ad nuntiationem noui operis requiratur speciale mandatum, contra communem & receptam sententiam tenens non requiri speciale mandatum, *ad §. fin. dict. l. 1.* respondit ibi, vsufructuarium non esse procuratorem in rem suam, nec habere speciale mandatum, & tamen nuntiare opus nouum; non tamen negat non esse procuratorem, quæ est nostra tractatio, fateturque posse agere nomine proprietarij, cùm sit expressum *in dict. l. 1. § fin.* idem notat Antonius Rubeus *in §. morte, l. hoc edicto, ff. de noui operis nuntiatione, num. 12.* vnde dicendum est, non esse quidem procuratorem in proprium fructuarium, contra Paulum, & Baldum suprà; non tamen negandum est, esse procuratorem, & agere posse nomine domini, atque adeò debere custodire, & curam gerere rei de qua vtitur fruitur, quoniam procuratoris vicem gerat, & officium sustineat, cui satisfacere tenetur.

5 Ex qua iuris ratione, scilicet quod procurator est domini, decidetur quæstio, scilicet, si lis mota sit vsufructuario, quas quantasque expensas teneatur facere fructuarius pro defensione rei qua fruitur; quid quantumque consumpturus sit ob eam causam? In qua videbatur dicendum, aliud esse constituendum in patre, scilicet legitimo vsufructuario, aliud verò in aliis vsufructuariis, qui non habent vsumfructum à lege, sed ab homine; sic enim in hac quæstione

quæstione distinguunt plures, Bartol. enim *in l.1. Cod. de bonis mat. num.3.* ait patrem omnino teneri facere sumptus & expensas litium ex fructibus bonorum aduentitiorum filij, & ibi Bald. Ang. & Corneus, Crotus *in l.frater à fratre, num.123. ff.de cond.indebit.* Pinellus *in l.1.Cod.de bonis mat.2.parte, numero 68.* Ludouicus Molina *de Hispanorum Primogeniis lib.2. cap.27. num.10. per dict.l.1. Cod.de bonis mat.* ibi: *Sumptus ex fructibus facere.* In aliis verò vsufructuariis distinguunt, vt scilicet si expensæ modicæ sint, eas fructuarius teneatur facere ex fructibus; sin verò magnæ, contrà, imò imputandæ sint domino. Tradit hanc distinctionem Antonius Gomez *vbi sup.dict. cap.15.num.7. tom.2.* Pinellus *vbi suprà*, & Ludouicus Molina, item Baldus, & Ang. *in l.1. §.vsufructuarius, ff.de vsufructu*, Paulus, Picus, & Gozadinus, quos refert Pinellus, & post eum Molina vbi suprà, idem quoque tenet Gregorius Lopez *in l.22.titul.31. part.3. verb. Non caya*, cum Iacobo de Butrio, & Alberico *in l.hactenus, ff.de vsufructu*, vbi pro hac distinctione magnæ & paruæ expensæ textus est apertus. Tandem hæc sententia distinguit inter vsufructuarium legitimum, cui ex dispositione iuris debetur & contingit vsusfructus, vt in hoc non sit habenda ratio vlla magnæ vel paruæ expensæ; & reliquos vsufructuarios, quibus ex dispositione hominis vsusfructus debetur; & contingit, vt in his admittamus distinctionem illam magnæ, & paruæ expensæ.

Nec noua est isthæc distinctio, alibi enim admittitur etiam; namque Alex. 6
in l.vsufructu, ff.ad leg. Falcid. & Barb. *cons.63.lib.5.* scriptum reliquere, vsufructuarium omnium bonorum ex causa testamenti non teneri ad legatorum solutionem; secus verò dicendum esse in vsufructuario, cui legis beneficio vsusfructus contingat: quod quidem ita accipiendum est, scilicet, vt vsufructuarius omnium bonorum ex testamento securus sit à legatorum solutione, eaque incumbat hæredi, qui tamen hæres ex bonis hæreditariis poterit vendere necessaria ad solutionem legatorum, velit nolit vsufructuarius: si verò legitimus sit vsufructuarius, cui vsusfructus legis indulgentiâ contigerit, vt patet, directò subit hoc onus soluendi legata, & poterit à legatariis vocari in ius, qui tamen die dicto legata soluet ex rebus quarum vsusfructus legatus est: denique in vtroque casu ex rebus soluitur legatum, quarum vsusfructus relictus est; in eo verò recipitur distinctio, quod fructuarius legitimus conuenitur de legatis, non hæres; at verò in vsufructuario ex testamento conuenitur hæres, & in vtroque casu de his ipsis rebus fruendis solutio facienda est, quæ faciunt *ad l.fin. ff. de vsufructu legato*, & quæ ad eam scribit doctissimus Couar. *variar. resol. lib.2.cap.2.* de qua quoque nos infrà hoc capite nonnihil attigimus. Non est ergo noua hæc distinctio inter vsufructuarium legitimum, & datum, vt ita dicamus; sed in aliis quoque iuris partibus ad alia consideratur; præterea quando vsusfructus omnium bonorum relictus est, & annua quantitas alicui relinquitur, constat annuæ quantitatis solutionem ad vsufructuarium pertinere, *l.vltima, §.sin autem, Cod. de bonis quæ liberis:* & licèt textus loquatur in vsufructuario legitimo, Bald. Salycet. Fulgosius, Paulus, & Corneus ibi idem recipiunt in fructuario ex dispositione hominis, ex eadem iuris ratione, quæ reperitur in vtroque; quasi non esset idem dicendum, si diuersa ratio & dispar intercederet, quæ suaderet contrarium, vt pronum sit

asserere distinctionem inter vtrumque, vel elicere ex eadem, vel diuersa ratione, quæ inter vtrumque reperiatur: & quamuis Doctorum sententiâ recepta sit distinctio illa, de qua suprà, vt quantum attinet ad expensas, in altero admittatur ratio magnæ & paruæ expensæ; in altero verò minimè, Arius tamen Pinellus vbi suprà, *part.2.num.68.* & post eum Molina *dict.lib.1. cap.27. num.*10. secuti Alexand. *in l.si vir, ff.ad leg. Falcid.* reiiciunt hanc distinctionem, voluntque differentiam magnæ & paruæ quantitatis admittendam esse in vtroque fructuario, legitimo & non legitimo, quoniam Pinellus nullam videt rationem, quæ suadeat ipsam distinctionem; neque existimat tutum, deterioris & peioris conditionis constituere patrem legitimum administratorem, quàm alium, cui ex vltima dispositione vsusfructus contingat: subditque Molina, non esse credendum, legem quæ tot prærogatiuas parenti supra cæteros vsufructuarios concessit, eundem iisdem longè inferiorem reliquisse: agnosco Pinelli, Molinæque authoritatem; video tamen communem & receptam sententiam, quæ distinguit inter patrem & reliquos fructuarios, quantum ad expensas litis habere fundatam iuris rationem, quicquid ipsi teneant; namque textus *in dict. l.1.* indistinctè loquitur, immò si verum amamus, non obscurè Imperator hanc ipsam distinctionem magni & parui, in expensis litium repulit; cùm enim dixisset, *parentes autem, penes quos maternarum rerum vtendi fruendique tantùm potestas est, omnem debent tuendæ rei diligentiam adhibere*; in quo expendendum est verbum, *omnem*, vt pater debeat suscipere omnem diligentiam, magnam, paruam, maximam & minimam; susceptâ autem huiusmodi diligentiâ, tunc quærit Imperator, vnde sufficere debeat sumptus, & ait, *& quod iure filiis debetur, in examine per se, vel procuratorem poscere, & sumptus ex fructibus impigrè facere*: ecce postquam constituit, omnem litem, omnem causam, omnem controuersiam esse sibi suscipiendam, siue parua sit, siue magna, siue maxima, subdit, *& sumptus ex fructibus impigrè facere*; vbi verbum illud, *impigrè*, non est positum otiosè: rursum subdit, *atque ita omnia agere*: ecce iterum verbum *omnia*, nihil distinguens, quasi dicat, suscepta omni causa magna, vel maxima, ex fructibus sumptus faciat, atque ita, hoc est ex his fructibus, omnia agat: & rursum, *tanquam solidum dominium eis acquisitum esset.* Prætereà idem constitutum est *in l.5. tit.17. part.4.* quæ lex est optima interpres iuris Cæsarei, ait enim his verbis, *Pero el padre dezimos que deue defender e guardar estos bienes aduenticios de su fijo en toda su vida, tambien en iuyzio como fuera de iuyzio*: quæ lex cùm dicat patri id incumbere, intelligenda est ita sensisse, vt eius expensis fiat conseruatio & defensio aduentitiorum, non verò filij. Præterea illa ratio facit contra patrem: quam rationem Pinellus & Molina pro ipsa facere arbitrantur, quia quandiu pater habet filium in potestate, & bona aduentitia cum filio, reuerà omnia habet quasi quodam iure dominij; cum filio enim, si nihil aliud dispositum iure reperiatur, etiamsi nihil dicta lege 1. esset dispositum illis verbis, *tanquam solidum perfectumque dominium eorum eis acquisitum esset*, & *in l.cùm oportet, §. non autem, Cod.de bonis quæ liberis*, ibi: *Plenissimam potestatem*, & *in l. fin. §. sin autem æs alienum, Cod. eod.* ibi: *Et aliis omnibus, quæ ab vsufructuariis extraneis exigi solent*; dicendum tamen erat ex fundata iuris ratione habere patrem filij sui,

(margin numbers: 7 beside "mittatur ratio magnæ", 8 beside "quisitum esset", 9 beside "tem æs alienum")

ſui, & bonorum omnium eius dominium verum, quoniam & ipſe filius res patris eſt, & pleniſſimam in eo pater habet poteſtatem: ita intelligunt plerique verba duodecim Tabularum, quæ referuntur *in leg. verbis legis, ff. de verborum ſignificatione: Vti quiſque rei ſuæ legaſſit, ita ius eſto*; quicquid interpretetur Franciſcus Hotomanus *Inſtitutis de pupillari ſubſtitutione, in verbo moribus*, quod nunc non diſputo, nihil enim ad nos pertinet, aliudque agit illa inueſtigatio. Certè iure duodecim Tabularum filius erat res patris, & de eo tanquam de equo, aut ædibus diſponere poterat pater, ſicuti de re propria, & quam verè in ſuis rebus habebat. Vnde eſt illa facultas occidendi, de qua *in leg. in ſuis, ff. de liberis & poſthumis*, etiamſi pupillaris ſubſtitutio moribus poſteà fuerit recepta, non verò lege aliqua conſtituta, *l. 2. ff. de vulgari*, & *in principio Inſtitut. de pupillari*; mores enim Romani principio antequam lex, induxere pupillarem ſubſtitutionem; poſteà verò mores illi legibus latis in vim legum abiere, cœptumque eſt authore lege, & conſuetudine adinuentrice, ius ſubſtituendi liberis, ſecundis tabulis confectis. Illud tamen ſemper vtroque tempore & morum, & legis obſeruatum fuit, vt pater iuris indulgentiâ, & poteſtate haberet filium in poteſtate, tanquam rem ſuam, & bona eius tanquam propria; ſicuti enim habet ſuum equum, & gladium, ita quoque ſuum filium, & hæredem, qui eſt in bonis eius, *l. cùm ratio, ff. de bonis damnatorum*. Quidquid ergo conſtituendum ſit de differentia illa inter legitimum fructuarium, & reliquos fructuarios, qui ex diſpoſitione hominis habent vſumfructum (quidquid dicant Pinellus & Molina, quos ego maximi facio,) quod attinet ad patrem, veriſſimam arbitror communem ſententiam, ſicque conſtituo in patre legitimo fructuario bonorum filij, quem in poteſtate habet, non eſſe admittendam diſtinctionem magnæ & paruæ impenſæ circa lites, & defenſionem bonorum filij. Omnem enim diligentiam debet, & omnia gerere compellitur, tanquam ſi earundem rerum, quibus fruitur vtiturque, dominium haberet, ſumptuſque impigrè cogitur facere, etiamſi totam fructuum ſubſtantiam conſumat in litibus & cauſis, quæ ſibi ſuper bonis filij ſuccreſcant; & ſiue lis mota ſit ſuper proprietate, ſiue ſuper vſufructu, vtrumque defendere tenetur pater, & expenſas & ſumptus impigrè facere, *ex dict. l. 1.* nec in his expenſis litis arbitror habendam eſſe rationem magni, & parui, quam dicta lex *hactenus*, in reliquis vſufructuariis admittit: quod ferè tenet ipſe Pinellus, ſi attentè legatur, vbi ſuprà, etiamſi poſteà apertè diſtinctionem illam reiiciat. Rurſum circa has expenſas litium in aliis fructuariis longè aliud ſtatuendum eſt, non enim indiſtinctè obſeruandum eſt quod tradit Antonius Gomez *dict. num. 7. verſic. ex quo deducitur & infertur*; qui tenet indiſtinctè, vt ſi lis moueatur ab vſufructuario, vel ipſe moueat litem, quod omninò conſeruat ſibi & ſine diſtinctione vlla, expenſas recuperandas à domino proprietatis; & ita in aliis vſufructuariis quod attinet ad has expenſas, cenſet contrarium eſſe conſtituendum quàm conſtitutum ſit in patre, eodemque legitimo adminiſtratore; quod etiamſi reſpectu patris approbemus, in aliis verò vſufructuariis veriorem exiſtimamus ſententiam Pinelli *vbi ſup. dict. num. 68.* & eum ſecuti Molinæ *dict. num. 10.* vt ſcilicet ſi lis moueatur reſpectu ſolius vſusfructus, ſiue ab vſufructuario, ſiue contra ipſum, ab vſufructuario ſint 10

subministrandæ expensæ, quia omnino pertinent illæ expensæ ad fructus, & illæ continent causam solius vsusfructus, vtilitasque vsusfructus in ea lite versatur, quæ ad fructuarium pertinet; cumque vtilitas litis fructuarij sit, necesse est vt expensa quoque ad ipsum pertineat; & cùm sentiat commodum, naturalis quædam ratio exigit, vt damnum quoque deuorandum sibi sit: allegat Baldum Pinellus *in l. 2. Cod. de liberali causa:* mihi tamen Baldus ferè nihil dicit, sed hæc opinio rationem habet, & æquitatem illam naturalem, scriptamque, & lege lata susceptam, vt expensas fructus sibi faciat fructuarius: nec quicquam facit lex *eum ad quem, Cod. de vsufructu*, quæ loquitur in expensis non litium, de quibus modò agimus, sed refectionis, de quibus dicemus infrà, *num.* 28. quales, quantæ, quaque ratione conseruentur fructuario. In illis enim alia ratio est quàm in expensis litis super vsufructu, qui ad fructuarium totus pertinet, nihilque ad proprietarium: idem dicendum est *ad l. hactenus, ff. de vsufructu*, & *ad l. vsufructu legato, §. fin. ff. eodem*, iuxta quas Antonius Gomez tenebat vsufructuarium posse consequi expensas litis: ita tamen intelligendum est, vt si lis mota sit super vsufructu, & tota pertineat ad vsumfructum, tum nihil esse quod suadeat, vt aliunde vsufructuarius expensas illas consequatur, qui cùm sibi solùm litiget, sibi solùm expendere æquum est; atque in hoc sensu accipiendus est Antonius Gomez, licèt indistinctè loquatur, quin si super proprietate excitetur causa, fructuariusque paruas impensas faciat, tunc quoque locum habebit dicta lex *hactenus*. At verò si agatur de perpetua vtilitate rei, ex eoque alius habeat eandem rem, vsufructuarius verò dicat fruendam sibi, quod ad ipsum pertineat, qui sibi suarum rerum concesserit vsumfructum, & nomine domini vendicet, tunc certè magni & parui admittenda distinctio est, *ex dict. l. hactenus*, & *dict. l. vsufructu legato*, & *dict. l. eum ad quem*. quæ leges licèt agant de refectione, argumentum præstant ad nostram hanc speciem quam tractamus; eadem enim in vtraque est ratio, ob idque eadem iuris dispositio; & tenet Ludouicus Molina in simili in possessore maioratus, *dict. num. 10. versic. si verò eadem lis*, perpetuam vtilitatem ipsius maioratus, & plures allegat: sed præcipua ad hoc allegatio est argumentum dictarum legum, *l. hactenus*, *l. eum ad quem*, vbi glossa expressa.

Ex qua declaratione elegans est interpretatio *ad dict. l. 1. C. de bonis matern.*
31 & *ad l. 5. tit. 17. part. 4.* licèt enim ibi constitutum sit, vt pater omnino teneatur ex fructibus lites suscipere, & omnia agere, tanquam si dominus esset, & sumptus impigrè facere, & quod debetur filiis, in examine per se, vel pocuratorem suum poscere, vt si à tertio rem vendicet, quam tertius impigrè quoque defenderit, & ad filium omnino pertinere neget, si pater nimios sumptus faciat, tales scilicet, & tantos, qui in vera computatione fructus aduentitiorum excedant, filius omnino tenetur, cuius nomine causa agitata est, de excessu: agit enim pater de vtilitate perpetua, ob idque saltem excessum illum tenetur refundere filius, & conferre fratribus, vel tanto minùs accipiendo, vel deducto eo ex hæreditate, inter reliquos filios & hæredes diuidendo; magis enim consumpsit, quàm habebat in fructu, & opulentam rem, fundum, vel prædium vendicauit, quam liberam accipit filius

lius. Ratio poscit in hac specie, vt excessum reputet filius, etiamsi demus quod pater causam filij debeat ponere in examine, vel per se, vel per procuratorem suum; non enim arbitrandum est, voluisse Imperatorem substantiam aliorum filiorum eo prætextu vni parari; & hæc pertinent ad expensas litis, in quibus admittendam vel reiiciendam secundùm propositas species arbitramur distinctionem inter legitimum fructuarium, & alios, quibus non à lege, sed ex dispositione hominis contingit vsusfructus, nihilque hucusque egimus de expensis in ædificando, aut reficiendo, de quibus *infrà num.28.* in his expensis verò in reficiendo verissimum arbitramur, non esse distinguendum inter vsufructuarium legitimum, & alium, quòd ex dispositione hominis vsumfructum habeat, quoniam subest eadem ratio in vtroque, & in vtroque obseruanda est ratio legis *hactenus*, & *d. l vsufruct. §. fin. ff. de vsufruct.* & *d. l. cum ad quem, C. eod.* vt modica impensa ad vsufructuarium pertineat, immodica verò ad proprietarium; intelligimus autem de expensa in reficiendo, quæ concernit perpetuam vtilitatem rei, non momentaneam, & quæ fiat gratiâ colligendorum fructuum; nam hæc etiamsi magna sit, ad vsufructuarium pertinet: textus elegans *in l. 3. ff. de impensis in rebus dotalibus factis*, vbi *nos* (inquit Vlpianus) *generaliter definiemus multùm interesse ad perpetuam vtilitatem agri, vel ad eam quæ non ad præsentis tempo is fructum pertineret, an verò ad præsentis anni fructum: si in præsentis anni, cum fructibus compensandum; si verò non fuit ad præsens, tantùm apta erogatione necessariis impensis compensandum.* Hæc Vlpianus, cum quo generaliter eius decisio recipienda est, non solùm in marito, sed in omni causa meliorationum. Igitur quod diximus de magna quantitate, vt proprietarius teneatur, non vsufructuarius, intelligendum est, dum expensa illa magna in reficiendo consumpta, pertineat ad perpetuam vtilitatem rei, non solius fructus; & tunc illa expenditur proprietario, siue fructuarius expendens sit legitimus, siue non; ob idque si pater in reficiendo fundum aduentitium expenderit, cuius vsumfructum habebat ratione patriæ potestatis, filius qui in re aduentitia reperit meliorationes factas magnæ quantitatis, valorem ipsarum conferet aliis fratribus, quoniam illæ ad patrem pertinebant, & ab eo in bonis suis tempore mortis relictæ sunt. Tenet & optimè Pinellus vbi suprà *num.* 69. Ludouicus Molina *vbi suprà*, Bald. *in auth. excipitur, num.*4. *C. de vsufruct.* Paul. *in l fin. §. vbi autem, num.*7. *C. de bonis quæ liberis.* Castillus *in l.64. Tauri*, contra Crotum, qui *l. frater à fratre, num.*124. *quæst.* 36. *ff. de cond. indeb.* distinguebat, an pater esset diues, an plures habeat filios, an sumptuum rationem scripserit quasi repetiturus. Collationi igitur locus est, ex regula *authent. ex testamento, C. de collationibus*, imò si meliorationes hæ fiant constante matrimonio, vxori dimidium tribuendum est, ex iuris nostri dispositione, quoniam reperiuntur in bonis vtriusque coniugis, quasi lucrata constante matrimonio, iuxta iuris nostri dispositionem, quod de lucris coniugum latum est, ad quæ omnia est nobis lex 22. *tit.* 31. *part.* 3. *Guisada cosa es* (inquit) *e derecha, que quienquiera aquien fuesse otorgado el vsofructo de alguna casa, o de alguna heredad, o en algunos ganados, que assi como quiere auerla por en que les otorgado, este derecho, que pune quanto pudiere de la aliñar, e de la guardar, e de la enderecar bien e lealmente, de manera que si*

12 13 14 15

fuere casa que la repare, e la enderece, que no caya, nin se empeore por su. Vbi Gregor. Lopez & vetus Glossator distinctionem illam adducit de magna & parua quantitate, ex Celso Iurisconsulto *in d. l. hactenus,* & *in d. §. fin.* & *d. l. eum ad quem.* Isthæc autem magna vel parua quantitas iudicis arbitrio defi-
16 nietur, glossa *in dict. l. hactenus*, quam sequuntur DD. inter quos Aug. *num. 2.* gl. & Bart. *in l. omnino, ff. de impensis in rebus dotalibus factis*: idem tenet Bart. *in l. Scio, in princ. ff. de in integ. restitutione*, vt paruum, magnum, vel minimum accipiat arbitrium, & iudicium ex qualitate rei, secundùm ipsius magnitudinem, glossa vbi Florianus & Scribentes *in l. res bona, ff. de contrahend. empt.* glossa *in l. sed si susceperit*, §. 1. *versic. tam modica, ff. de iudiciis*, & ibi Angel. dicit summam videri magnam, & paruam ex qualitate personarum. Facit lex *legitimos, ff. de legitimis tutorib.* vide glossam 2. *q.* 6. §. *illud*, *in gl.* 1. & *in cap. terrulas*, 12. *q.* 2. quæ sunt ad ea quæ Bart. & Bald. adducunt *in authent. nisi breuiores, C. de sententiis ex periculo recitandis*, & sunt nobis quotidiana in hoc regio Prætorio Galleco; quotidie enim conqueruntur appellantes, quòd iudices Ecclesiastici, à quibus appellant, non deferant sibi suæque appellationi in causis ciuilibus; namque si causæ minores sint, ob mercedem seruitij vel conductionis non solutam, aut aliam ob rem similem, in prosequenda appellatione maiores expensas appellatus facturus est, quàm sibi ex sententia adiudicatum sit; tunc prospectâ causâ, quantitatéque ex personarum qualitate, & iustificatione, pronunciatur deferendum, vel non deferendum esse. Causa enim,
17 licèt magna videatur, comparata ad maiores expensas, quæ futuræ sint, sine dubio parua existimanda est, *c. anteriorem*, §. *illud*, 2. *q.* 6. notatur *in d. auth. nisi breuiores*, per Bald. & *in c. de appellat. tit. de appellation.* neque enim existimandum est, quid petat pauper & rusticus, si de vniuersa sua substantia agat; causa enim de porcello sæpe in hoc prætorio Galleco causa maxima est, & causa trium, quatuórve talentorum minima, ex qualitate personarum; porcellum oculum rustici vocabat Accursius *in l. illicitas*, §. *& ne tenuis, ff. de offic. Præsidis*: nec minùs laborandum est iudici, & referenti causas in causa bouis, aut porcelli, quàm in causa primogenij; bos enim & porcellus rustico & egeno primogenium est, nec maior aut minor quantitas, paupertásque vel opulentia actoris vel rei, iuris dispositionem mutat: textus elegans *in l. qui filium & filiam habebat*, §. 1. *ff. ad Treb.* vbi paupertas obiecta in iudicio est: tamen Imperatores non ex prætensa & obiecta paupertate; sed ex iuris regulis & constitutionibus pronunciarunt. Ex eodem iure descendit pronunciatio causæ minimæ, aut maximæ, ne quis existimet imperitum leuiores causas posse decidere, imperitioréśque alibi, alibi peritiores posse iudicare. Ego imperitum nullibi iudicare posse arbitror, sempérque diligendos viros peritos esse existimaui, quantoque leuiores sint causæ in hoc prætorio, tanto prudentiores semper desidero iudices, quoniam in causa leuissima sæpe agitur de tota hominis substantia, & sæpe ex contemptu causæ, & æquitatis cuiusdam nusquam scriptæ, sed captiosæ prætextu, non semel vidi perniciosè erratum. Sed ne in cœlum inspuam, faciem obturpaturus, conticeo.

18 Quod si domus ex vetustate aliqua ex parte corruerit, non potest compelli hæres reficere & reparare, *dict. l. hactenus*, ibi: *Si qua vetustate corruerit, reficere*

cere non cogitur ; si autem hæres vel proprietarius libens & volens refecerit, impedire fructuarium non potest, quin fruatur, vtaturque. Et ibi : *Sed si hæres refecerit, passurum fructuarium vti. Itaque nec proprietarius impediet, quò minus fructuarius reficiat, si velit, expensamque magnam refundet, velit nolit.* Et ibi : *Neratius autem libro tertio membranarum ait, non posse fructuarium prohiberi, quò minus reficiat :* & tenet Albericus ibi. Quod quidem ita accipiendum est, scilicet si ædes, quarum vsusfructus relictus est, ex parte collapsæ sint, & corruerint; nam si vniuersæ ædes corruant, & collabantur, vel exustæ sint, tunc 19
quidem finitus est usufructus, qui nec in area collapsis ædibus sustinetur ; ob idque si semel exustas, & collapsas, & solo dirutas hæres ex integro refecerit, tunc non habet locum decisio Iureconsulti *in dict. l. hactenus.* Nihilque habet vsufructuarius in ædibus denuò erectis, quia semel extinctus est, *l. repetit, ff. quibus modis vsusfructus amittatur, versic. rei mutatione*, vbi inquit Vlpianus, *interire vsumfructum placet : veluti vsusfructus ædium mihi legatus est, ædes corruerunt, vel exustæ sunt, sine dubio extinguitur vsusfructus. An & areæ ? certissimum est exustis ædibus nec areæ, nec cæmentorum vsumfructum deberi.* Tex- 20
tus elegans *in l. quid tamen, ff. eod.* vbi in eo versiculo, non tantùm de domo agit Iureconsultus ex parte refecta, verùm de ædibus collapsis, vt vsusfructus vel retineatur, vel amittatur : tum *in versic. agri*, de agro agit, cuius vsusfructus relictus est, an inundatione amittatur : & *in versic. sed & si stagni*, de vsufructu quærit stagni, si stagnum exaruerit : *in versiculo, non tantùm*, de vsufructu agri, cuius forma mutata sit, quòd vsusfructus non amittatur ; in quo textus est elegantissimus *ad l. æquissimum, ff. de vsufructu, vers. si venas lapidicinarum*, & ibi, forsitan & hæc deiicere poterit, in quibus vsufructuarius fundi formam mutat ; quod modò non agimus : deinde *in versic. certæ sylua*, de vsu- 21
fructu agit syluæ destructæ, an destructâ syluâ & cæsa duret vsusfructus ; an verò finitus esse existimandus sit : deinde de massa aurea, aut argentea, hoc est 22
de auri, & argenti rudis vsufructu relicto, ex quo vasa sint confecta, vel scyphi, vel vrceoli, an vsusfructus auri & argenti duret. Postremò de naui, deinde & de quadrigarum vsufructu relicto, perempto equo, an duret vsusfructus quadrigarum, quæ sunt pulchra exempla ad hoc quod tractamus. Textus *in* 23
l. qui vsumfructum areæ, ff. de vsufructu : vide Angelum *in § finitur, Institutis de vsufruct.* & *l. 25. tit. 31. partit. 3.* Vbi Gregorius Lopez. In patre tamen legiti- 24
mo administratore, qui filios in potestate habet, & bonis aduentitiis fruitur, ratione patriæ potestatis contrarium dicendum est ; licèt enim vsufructuarius verè sit, non tamen mutata forma rei extinguitur sibi vsusfructus ; durat enim semper patria potestas, quæ non patitur vsumfructum perimi, imò cum ea continuatur vsus, quamcunque formam res accipiat, licèt nouus insurgat mutatione rei vsusfructus ; eadem enim semper est acquisitio iuris potestate : quæ est optima declaratio ad omnia iura, de quibus suprà gloss. *in l. cùm oportet, §. non autem, Cod. de bonis quæ liberis, versic. mobiles* : quam probant Salic. & Paul. *in authentica excipitur, Cod. de vsufructu, num. 2.* Verum igitur est, fructuarium vsumfructum rei refectæ habere, nisi tota corruat ; nec potest ipse impediri, quò minùs reficiat : quicquid autem protestetur dominus contra reficientem fructuarium, expensas tamen recuperabit ille à domino.

Nec

25 Nec intelligendum est cogi posse dominum præstare pecuniam vsufructuario, ex qua rem reficiat; ipse enim fructuarius si velit reficere, pecuniam sufficiet, & subministrabit, & suis expensis aget, deinde expensas has factas in magna refectione, perfecto opere repetet à proprietario, vel rem retinebit tempore consolidationis, ob impensas. Nec item intelligas vsufructuarium
26 omnino teneri reficere, siue modicè, siue immodicè reficiendum sit; iniquum enim esset compellere fructuarium, vt suâ pecuniâ impensam faciat; cui iniquitati non satis consuleretur repetitione facienda à domino, *dict. l. hactenus.* Ita tenet Paulus *in dict.l.eum ad quem*, contra Bartol. *in l.cotem*, *§.fin.ff.de publican. & vectigal.* sed Bartolus re vera ibi idem tenet quod Paulus, & ita intelligit Bartol. Imola *in cap.fin.num.20. de pignorib.* & Bertrandus *consil.40. num.15.* idem Bart. *in l.Nesennius, num.7.ff. de negot.gestis*, scilicet quod fructuarius non oneratur onere illo magnæ impensæ, nec cogi possit reficere immodicè, etiamsi possit repetere immodicam illam expensam, si libens impenderit. Azon. *in summa, Cod. de vsufructu, num.6. ad fin.* quæ opinio æqua est, nam licèt custodiam debeat vsufructuarius, custodia hæc non est extendenda eò, vt arctetur & cogatur ad magnam impensam, eo prætextu, quod eam repetere possit; nemo enim compelli potest vt se committat obligationi, *l.cogi, § si pater, ff.ad Trebellian.* ibi, *non oportet sub incerto conditionis se committere.*
27 Facit dicta lex *hactenus, dict.l.eum ad quem*, vbi datur fructuario repetitio magnæ impensæ; non autem cogitur omnino facere, nec dominus item, nisi perfecto opere. Si verò dominus velit reficere & facere suo modo hanc impensam, nihil obfuturus vsufructui, poterit, & præfertur fructuario, argumento eius quod tradit Abbas *in cap. cùm non sint, num.5. de decimis*, ibi, *interest domini vt sit præsens.*

28 Prætereà fructuarius si velit reficere immodicè, vt repetat magnam impensam, non necesse habet, antequam expendat, nunciare domino, si expensa necessaria sit; cùm enim custodiam debeat, satis ad custodis officium pertinere videri potuit refectio necessaria, vt ab hac nunciatione fructuarius ex ea ratione diligentiæ & custodiæ liberetur, vtque ea omissa, adhuc repetere possit, Bartol. *dict. l.cotem, §.fin.ff.de publicanis & vectigalibus*, Pinellus eum secutus *dict.l.1.part.2.num.72. ad fin.*

Quomodo verò, & qua ratione repetet, & consequetur fructuarius has impensas magnas, adnotandum nobis est in primis illud esse citra controuersiam, vt si immodicè consumpserit in reficiendo, obseruata ratione tradita à Celso *in dict.l.hactenus*, habere fructuarium omnium legum prærogatiuas, vt sibi conseruet eas impensas & meliorationes immodicas necessariò factas: itaque petet, excipiet, retinebit, & repetet, semelque traditas actione in factum consequetur, iuxta ea quæ nobis latè supra tradita sunt de hac ipsa recuperatione expensarum. Si verò de nouo ædificet, vel inchoatum ædificium exædificet, obseruata item ratione legis *vsusfr.51.* & legis *vsufruct.68.ff.de vsufructu*, rem sibi certè proficuam & vtilem, non proprietario, & quæ ad voluptatem suam magis quàm ad vtilitatem domini pertineat, fecisse visus est: cùm enim vtilitas perspicienda sit non ex parte coloni, emphyteutæ, conductoris, vasalli, vel vsufructuarij, in his expensis, quæ fiunt in reficiendo, vel de nouo ædificando;

ædificando; sed ex parte domini, vt adnotauimus suprà *cap.1. num.* 22. cúmque hæ ædificationes, incrustationes, & tectoria, de quibus in dictis legibus, *vsufructuarius* 51. & 68. pertineant ad voluptatem magis quàm ad vtilitatem domini, de quo est optimum responsum Modestini *in l. ex duobus, ff. de negot. gestis*, ibi: *Maior frater in saltu communi habitationes paternas habente, ampla ædificia ædificauerat*; & ibi, *ob sumptus nulla re vrgente, sed voluptatis causá factos, eum, de quo quæritur, actionem non habere*: & adduximus suprà, *cap.5.numero 9.* reliquum est, vt has expensas, de quibus *in dd. ll. vsufructuarius*, 51. & 68. quæ voluptatis sunt, iuris intellectu abradat, vel separatas vendicet, cùm nullo tempore donasse propter bonam fidem intelligi possit. Retinere certè, vel petere non potest; quorsum enim tectoria, incrustationes, & ampla ædificia sine domino, nihil perspecta voluntate proprietarij erigit? Voluptas certè est, & animi oblectamentum, cùm etiamsi sibi vtilis sit, aliunde sit perspicienda hæc vtilitas, vt diximus: vnde has expensas abrasione sine læsione consequitur, iuxta regulas nobis traditas de bonæ fidei possessore ad voluptatem expendente; separatas verò vendicabit: quamdiu autem in solo ædificium erectum sit, nihil habebit.

Nec constituendum est esse fructuarium ædificantem de nouo, vel inchoatum ædificium perficientem malæ fidei possessorem, ex duobus. Primùm, quia si malæ fidei possessor esset, re vera cùm in alieno solo ædificet, & ex propria materia, & mala fide, necessariò sequebatur ex his tribus donatio à lege præsumpta, quæ impediret vendicationem separatæ materiæ, *l. adeo*, §. *ex diuerso, ff. de acquir. rer. dom.* iuxta ea quæ latiùs tradidimus suprà *cap. 5. num.* 19. ad interpretationem legis 2. *C. de rei vend.* Cùm verò ius separatæ materiæ concedat fructuario ædificatori vendicationem, *l. sed etsi quid*, 19. *ff. de vsufructu*, extorquendum est vel ab inuitis, vsufructuarium exædificantem de nouo, non intelligi malæ fidei possessorem. Præterea est euidentissima ratio, quia generaliter de bona vel mala fide definire non possumus; namque bona, vel mala fides versatur in facto, non in iure, hoc est in conscientia particulari cuiusque, non in iuris aliqua dispositione. Denique sicuti generaliter definire non possumus omnem alienæ rei emptorem malæ fidei esse, nisi adsit scientia rei alienæ, quæ in animo consistit; ita non dici potest omnem fructuarium ædificantem esse malæ fidei; quia cùm hæc mala fides consistat in animo cuiusque, generalem non sustinet definitionem; & evénire potest, vt fructuarius eo animo faciat, quod intelligat, id cupere & optare proprietarium, præsertim si inceptum & inchoatum ædificium perficiat, aliàs non facturus. Cùm ergo in facto consistat bona vel mala fides, non potest fructuarius generaliter bonæ vel malæ fidei iudicari: textus *in l. bonæ fidei* 48. *ff. de acquir. rer. dominio. Puto verendum*, inquit Paulus, *ne non sit bonæ fidei possessor, quamuis capiat; hoc enim ad ius, id est ad vsucapionem; illud ad factum pertinet, vt quis bona vel mala fide possideat.* Quod eo libentiùs adnotaui, quòd Franciscus Hothomanus vir doctissimus censeat fructuarium ædificantem malæ fidei esse, contra notissimas iuris regulas *lib.2. feudorum, hic finitur lex*, §. *si vassallus, folio mihi* 263. & quod magis miror, ad hoc adducit dictam legem *sed si quid*, quæ separatæ materiæ præstat vendicationem; quod

fieri nequiret, si malæ fidei esset. Vnde ex his illud aduertendum est, quod si ædificium perfectum, vel de nouo erectum ab vsufructuario euidenter vtile sit proprietario, aliud obseruandum esse; tunc enim iudex cordatus recurret ad iuris regulas de vtilibus expensis factis à bonæ fidei possessore, de quibus primo capite egimus; quia iam id poscit ius, quo hæc ædificia ad voluptatem pertinere intelligebantur, detecta vtilitate ædificij; quapropter nihil fiet contra dispositionem dictarum legum *vsufructuarius*, 51. & 68. quasi exclusa voluptate, & reperta vtilitate; quæ vtilitas ex eo euidenter colligetur, si proprietarius omnino erat facturus, vel consolidatione facta illicò vendidit, *argumento l. in fundo, ff. de rei vendicat.* quamuis enim illud statutum sit *in dict. l. sed si,* quod voluptas id exigebat, quod si vtilitas reperiatur, vtilitatis præcepta in bonæ fidei possessore sequenda sunt, & est æquum *ex dict. l. in fundo*, & rationem habet.

29 Atque ex his omnibus restat, vt quia magnam impensam vsufructuarius non tenetur facere, modicam autem teneatur, *d. leg. hactenus*, cum iuribus suprà adductis; quod si modicam expensam in reficiendo omiserit, teneatur. Itaque si ædes, siue casu, siue culpa leui, vel lata, quæ proxima dolo sit, corruant ex parte, quæ tamen modicè expendendo, refici possunt, teneri vsufructuarium; cùm enim percipiat fructus, reliquum est vt ad modicam expensam teneatur, vtcumque contigerit, nec in hoc requirimus culpam, vel latam, vel dolum, *d.l. hactenus*, & *d. l. cum ad quem, l. diuortio, §. impendia, ff. soluto matrimonio*, vbi gloss. & Scribentes, *l. omnino, ff. de impensis in rebus dotalib. factis, dict. l.22. tit.31. part.3.*

30 Si autem expensa magna sit, tunc distinguendum est: aut deterioratio contingit ob culpam fructuarij, aut nullâ eius præcedente culpâ; si nulla eius præcessit culpa, sine dubio est ipsum non teneri immodicè expendere, *dict. l. hactenus*, & *l. diuortio, §. impendia, ff. soluto matrimon.* quæ lex loquitur in marito ibi, *vel veterem totam sine culpa sua collapsam restituere*, vbi Scribentes: si præcesserit culpa, propter quam damnum contigit, quod magnâ expensâ resarciendum sit, si ea culpa sit lata, non dubium est quin ob latam culpam vsufructuarius teneatur, etiamsi immodicè sibi sit expendendum, minusque dubitandum est si dolus præcesserit; sed & idem dicendum est, si damnum illud leui ex culpa contigerit; cùm enim in hac vsusfructus constitutione commodum domini, penes quem proprietas est, & fructuarij item vtilitas versetur, atque adeò vtriusque contrahentium, vel quasi emolumentum, vtriusque culpa comprehenditur, textus elegans, qui ad hoc solet allegari *in l. si seruus legatus, 111. §. cùm quid tibi, ff. de legat. 1. Cùm quid tibi legatum* (inquit Africanus) *fideique tuæ commissum est, vt mihi restituas; si quidem nihil præterea ex testamento capias, dolum malum duntaxat in exigendo eo legato, alioqui etiam culpam te mihi præstare debere existimaui, sicuti in contractibus bonæ fidei seruatur, vt si quidem vtriusque contrahentis commodum versetur, etiam culpa; si vnius solius dolus malus tantummodo præstetur*; de leuissima autem culpa non tenetur: ita in simili concludit Ludouicus Molina *lib. 1. cap. 17. num. 6.* & est generalis traditio in omni deterioratione, & damno facto ad maritum, emphyteutam, feudatarium, possessorem maioratus, Episcopum, beneficiatum, fructuarium,

emptorem,

emptorem, commodatarium, & eum apud quem res aliqua deponitur; semper enim ad damnum ob culpam recuperandum, recurrendum est ad hanc Aphricani decisionem, & ad legem *hactenus*, quæ custodiam & diligentiam requirit in vsufructuario; quæ diligentia leuissimam dumtaxat culpam reiicit: quod patet ex his quæ culpam leuem definiunt. Vide Bartolum *l. cùm res, §. culpa, ff. de legatis* 1. *l. contractus*, vbi Decius, *ff. de regulis iuris*. Scribentes *in d. §. cùm quid.* Si quid igitur in rebus, quarum fructus habeo, damni contigerit, vt id resarciatur, si magna expensa requiratur, dolo malo, vel culpâ latâ, aut leui interueniente, certè ipse reficere teneor, etiamsi magnam expensam sim facturus, ex *d. §. cùm quid tibi.* Optima interpretatio *ad dict. l. hactenus*, & *ad l. eum apud quem*, & ad omnia quæ de magna & parua impensa referuntur; & generalis est decisio, vt modò dicebamus.

Ex quibus illud quoque deriuatur, an arbores scindere & vendere possit; 31
an verò si sylua in vsufructu contingat, an cædendo damnum fecisse videatur, vt ob eam causam in refectione quoque sibi sit expendendum, & ob culpam sibi sit quippiam resarciendum. In quo breuiter cum Pinello *dict. 2. part. n. 59.* dicendum est esse distinguendum inter syluam cæduam, & non cæduam; est sylua cædua, cuius arbores semel cæsæ renascantur; contra verò non cædua, cuius arbores cæsæ ampliùs non renascuntur, in quibus quoque frugiferæ numerantur, *l. sylua, l. 30. ff. de verb. signif. Sylua*, inquit Paulus, *cædua est, vt quidam putant, quæ in hoc habetur, vt cæderetur: Seruius eam esse, quæ succisa rursum ex stirpibus aut radicibus renascatur.* Hæc Paulus. Pinellus existimat recurrendum esse ad regulam legis *ex sylua, ff. de vsufructu*; quam posteà aliter interpretatur diffusiùs. Ego primùm existimo constituendum, fructuarium arbores frugiferas scindere non posse, *l. æquissimum, §. fructuarius, ff. de vsufructu.* 32
Et si quidem, inquit Iulianus, *fundi vsusfructus legatus est, non debere, neque arbores frugiferas excidere, neque villam diruere, nec quicquam facere in perniciem proprietatis.* Hæc Iulianus: tenet Iason *in l. 1. Cod. de iure emphyteutico, num. 99. l. diuortio, §. si fundum, ff. soluto matrimonio*, secundum intellectum Bartoli ibi, & post eum omnes, *l. in fraudem, §. conductor, ff. de iure fisci.*

Imò fructuarius si cædat arbores frugiferas, vel damnum faciat notabile, 33
potest eiici ab vsufructu. Alexand. *in dict. §. si fundum*, Tiraquellus *de Retractu conuentionali §. 3. gloss. 1. num. 22.* Molineus *in consuetudinibus Parisiensibus §. 1. glos. 1. num. 31.* Paulus, & Decius *in authentica qui rem, Cod. de sacrosanct. Eccles.* vbi Paulus refert non impediri expulsionem ob cautionem quam vsufructuarius præstitit, se boni viri arbitratu vsurum; & tenet cum Paulo Pinellus *vbi suprà, num. 60.* Nec enim proprietario esset bene consultum, si vsufructuarius rem deteriorem faciens, non repelli posset; tempore enim expectato, totius vsusfructus veritas occultaretur, & probatio difficilis, vel ferè impossibilis redderetur; quod & in emphyteuta dicit esse recipiendum, ex Baldo *in dict. l. diuortio, §. si fundum, ff. solut. matrim.* quem defendit Alexand. *dict. §. si fundum*, & Paulus, & Decius *dict. authent. qui rem.* Tiraquel. *vbi suprà*, & Iason *dict. num. 99.* Aymon *consil. 300. num. 1.* & alij, quos refert & sequitur Pinel. *vbi suprà*, contra Ioannem de Imola, & Roman. *in dict. §. si fundum*, Angelus de Aretio *in §. final. Instit. de vsufruct.* & Afflict. *lib. 3. feudorum, si de*

feudo fuerit controuersia inter domin. & agnatos, §.*licèt vasallus*, *num.*14. & est textus expressus *in l.eleganter*, §.1.*ff.de dolo. Non solùm* (inquit Vlpianus) *si alia actio non sit, sed & si dubitatur an alia sit, putat Labeo de dolo dandam actionem, & adfert talem speciem: qui seruum mihi debebat vel ex venditione, vel ex stipulatu, venenum ei dedit, & sic eum tradidit; vel fundum, & dum tradit, imponit ei seruitutem; vel ædificia diruit, vel arbores excidit, vel vineam extirpauit; ait Labeo siue cauit de dolo, siue non, dandam in eum de dolo actionem, quoniam si cauit, dubium sit, an competat ex stipulatu actio.* Hæc Vlpianus; qui textus elegans est, vt non obstante cautione, illico possit agi aduersus deteriorantem, vel potiùs destruentem, & damna facientem. Si enim finiti vsusfructus tempus expectes, fortasse probatio deficiet, *l.*2.*ff.si vsusfructus petatur:* vbi, *si ab hærede* (Pomponius ait) *ex testamento fundi vsusfructus petitus sit, qui arbores deiecisset, aut ædificium demolitus esset, aut aliquo modo deteriorem vsumfructum fecisset, aut seruitutes imponendo, aut vicinorum prædia liberando, ad iudicis religionem pertinet, vt inspiciat qualis ante iudicium acceptum fundus fuerit, vt vsufructuario hoc quod interest, ab eo seruetur.* Hæc Pomponius. *l.hoc amplius*, §.*vltimo*, *ff. de damno infecto. Celsus* (inquit Vlpianus) *rectè scribit, si ædium tuarum vsusfructus Titiæ est, aut damni infecti dominum repromittere, aut Titiam satisdare debere: quod si in possessionem missus fuerit is cui damni infecti cauendum fuit, Titiam vti frui prohibebit. Idem ait eum quoque fructuarium, qui non reficit, à domino vti frui prohibendum.* Quæ iura adducunt hi, de quibus suprà mentionem fecimus. Et habent locum in patre legitimo fructuario &
34 administratore bonorum filij, ex Pinello vbi suprà, & emphyteuta & fructuario, ex eadem ratione, quæ in his reperitur, & pertinent ad damnum, & deteriorationem, vtcunque contingat, siue dum excidis arbores fructiferas, siue dum destruis fundum, dum deterioratio notabilis sit, & culpæ tribuatur. Vnde fructuarius, etiamsi immodicè expendat, ad refectionem & reparationem tenetur, ex his quæ diximus.

At verò in sylua cædua si vsusfructus relictus sit, fructuarius cedere potest,
35 ita tamen vt incisio ad fructum pertineat, non verò ad destructionem, *dict. l.ex sylua*, *ff.de vsufruct.* Intelligimus autem de arboribus non fructiferis, & syluam cæduam, arboresque cæduas, dum tamen renasci possint, licèt longo tempore; atque has ab vsufructuario posse cædi existimamus, quæ licèt longo tempore renascantur, sunt in fructu. Alexand. *consil.*118. *num.*3. & 7.*lib.*5. Curtius Senior *consil.*70.*num.*8. Parisius *consil.*111.*num.*32. *lib.*1. Ex qua reso-
36 lutione poterit maritus incidere has arbores, quæ longo tempore renascantur: item & alij, ad quos syluæ cæduæ fructus pertinent. Quod in emphyteuta obtinendum est, & aliis ex eadem ratione; pertinent enim ad fructum, & tandem renascuntur, licèt contrarium teneat Pinellus *vbi suprà*, *part.*2. *num.*59.& sunt quotidiana: quæ enim renascuntur, ad fructus pertinent, *l.diuortio*, §.*si vir*, *ff.solut.matrim.* ibi, *quia neque in fructu marmor est, nisi talis sit, vt ibi fructus renascatur:* secundum communem & receptum intellectum, de quo textu infrà *parte secunda*, agendum nobis est, cùm de computatione fructuum & meliorationum egerimus: facit lex finalis, *ff. de fundo dotali*; quicquid enim renascitur, in fructu connumerari conuenit, propterea

ad fructuarium pertinet: vnde *ad leg. sed si grandis, ff. de vsufructu*, vbi arbores grandes vetat Paulus Iureconsultus incidi, dicendum est ex his quæ diximus, intelligendum esse, vt ea lex habeat locum in arboribus grandibus, quæ non renascuntur, ac non cæduis; & ita intelligunt gloss. & Angelus ibi, & Alciatus *in l. sylua cædua, ff. de verborum sign.* quod magis suadetur propterea quod iuris ratio ita cogit intelligere ex continuatione, quia dictæ legi *sed si grandes*, opponitur dicta lex *ex sylua*, quæ in posteriori parte, cui adhæret, loquitur de sylua non cædua.

Illud præterea aduertendum est, quod si vsusfructus alicui relinquatur syl- 37
uæ non cæduæ particulariter, & ita arborum quæ non renascuntur, ne legatum sit inutile, poterit fructuarius cædere, temperatè tamen, ne, vti dicebamus, incisio pertineat ad destructionem, sed ad fructum, *l. Dinus, ff. de vsu & habitatione*, ibi: *Quia* (inquit Pomponius) *nisi liceret legatariis cædere syluam, & vendere sicuti fructuariis licet, nihil habituri essent ex eo legato*: & ita tenendum est cum Pinello *dict. num. 59.* & hæc pertinent ad damnum & deteriorationem, & magnam impensam. Quod si vsufructuarius vltra id quod sibi permissum est, inciderit, tenebitur & ob culpam damnum resarcire, etiamsi vel immodicè expendat ob eam causam; neque enim abuti rebus debuit, vti certè potuit.

Mutare quoque formam rei vsufructuarius non potest; neque enim ex vi- 38
nea efficiet pratum, nec destructis ædibus columbarium, nec ex sylua hortum, nec rursum ex horto salictum, aut viridaria, *l. æquissimum, ff. de vsufructu. Fructuarius*, inquit Iulianus, *causam proprietatis deteriorem facere non debet, meliorem facere potest.* Et aut fundi est vsusfructus legatus, aut alterius rei: & si quidem fundi vsusfructus legatus est, non debet neque arbores frugiferas excidere, nec villam diruere, nec quicquam facere in perniciem proprietatis; & si fortè voluptarium fuit prædium, viridaria, & gestationes, & deambulationes arboribus infructuosis opacas atque amœnas habens, non debet deiicere, vt fortè hortos olitorios faciat, vel aliud quid, quod ad redditum spectet. Et Iureconsultus loquitur de fundo & eius vsufructu, fundus autem continet omnem agrum, & ædificium, *leg. fundi appellatione, ff. de verborum & rerum significatione.* Quid autem habere debeat fundus, explicat eleganter, vt solet, Marcus Cato *de re rustica, cap. 1. ad finem. Prædium quod pri-*
mum fiet, Firme rogabis, inquit ille: *sic dicam. De omnibus agris, optimoque* 39
loco, si emeris agri iugera centum, vinea est prima, si vino multo fiet: secundo loco hortus irriguus, tertio salictum, quarto oletum, quinto pratum, sexto campus frumentarius, septimo sylua cædua, octauo arbustum, nono glandiaria sylua. Hæc Cato; in quo quod attinet ad pratum, reprehenditur à Columella, cui primum locum tribuit inter agros omnes, existimatque à veteribus pratum fuisse dictum quasi paratum, quòd paratas habeat opes. Hæ igitur sunt partes fundi, has non obscurè Iureconsultus significauit *in dict. l. fundi nomine*, dum ait fundi nomine omnem agrum contineri. Igitur in hoc fundo vnusquisque ager continebit suam formam, nihilque mutabitur, neque hortus in vineam, neque vinea in pratum, neque rursum pratum in campum frumentarium, nec ipse in salictum, aut oletum: vtique frui potest fructuarius, mutare verò quic-

quam non potest. Neque nouum faciet lex *vsufructuarius, la 1. ff. de vsufruct.* [Vsufructuarius, inquit Neratius, nouum tectorium parietibus, qui rudes fuis-
40 sent, imponere non potest, quia tametsi meliorem excolendo ædificium domini causam facturus esset, non tamen id iure suo facere potest; aliudque est tueri quod accepit, aliud nouum facere.] Quæ fuerint ista tectoria, satis explicat Vitruuius *lib. 7. cap. 2.* Fiunt autem plerumque aut gypso, aut pura calce; & quòd tectorium sit, dicitur opus albarium, aut arenatum, aliquando marmoreum à marmore, & vocantur artifices tectoriorum albarij, non albini, ex quo restituenda est litera *in l. 2. Cod. de excusatione artificum*, vbi pro al-
41 bariis, albinos posuit Typographus. Ita restituit Philander Gallus *dict. lib. 7. cap. 2. ad Vitruuium.*

42 Ideoque non potest fructuarius nouum opus facere, vt nec perficere inchoatum opus possit, *l. vsufructuarius*, 68. *ff. de vsufructu. Ædificium inchoatum*, inquit Neratius, *fructuarium consummare non posse placet, etiamsi eo loco aliter vti non potest.* Ratio eius decisionis ea est, quia vsusfructus mutatâ formâ rei consistere non potest, ex his quæ superiùs diximus, & ita sentiunt gloss. Albericus, Angelus, & Fulgosius *in dict. l. vsufructuarius* 68. & Angelus Aretinus *in §. final. ad finem, Institutis de vsufructu*; & est vera ratio quam defendit Pinellus *vbi suprà*, contra Curtium *in l. 2. ff. de iurisdiction. omnium iudicum, num.* 59. & contra Corrasium *lib. 1. Miscellaneorum, cap. 6.* omnia enim necessaria, vt fructuarius vtatur fruatur, videri poterunt concessa, sine quibus vsusfructus constare sibi non posset; idque ita accipiendum est, dum tamen formam rei fruendæ non mutet; atque in hunc sensum sunt accipienda iura aliquot, *l. 1. §. vsusfructus, ff. si vsusfructus petatur, l. Diuus, ff. de vsu & habitat.* vbi intelligimus non esse mutatam formam rerum; & hæc ratio anceps est, ipsumque proprietarium comprehendit; neuter enim in alterius damnum & præiudicium potest mutare formam rei, quæ fruenda conceditur,
43 *l. fin. ff. de vsu & habitatione, dict. l. æquissimum, §. inde Nerua, versic. quod Labeo, ff. de vsufruct.* ibi: *Quod Labeo etiam in proprietatis domino scribit.*

44 Ex quibus omnibus singularis est decisio textus *in dict. l. æquissimum, §. Proinde, versic. & si fortè*; cuius verba quoniam difficilia ex his sunt, addere libet. *Et si fortè in hoc quod instituit, plus redditus sit, quàm in vinetis, vel arbustis, vel oliuetis, quæ fuerunt, forsitan hæc deiicere poterit; siquidem ei permittitur meliorare proprietatem.* Quæ verba sunt Iuliani: at verò Iauolenus idem argumentum tractauit *in l. final. ff. de fundo dotali*, & *in l. diuortio, §. si vir, ff. solut. matrimon.* Sed abstinuit ab hac vitium expulsione, & extirpatione, neque illarum argumentum ad vsufructuarium pertinet, quantum ad hoc quod tractemus, an scilicet fructuarius vites eiicere, extirpareque possit, vt lapidicinas instituat: quod quidem Iulianus contra Iureconsultos reliquos fatetur, idque apertè; vnde responsum illud Iuliani difficile est, quo vno videantur reliqua iura labefactari, quæ de non mutanda forma prædij constituta sunt, plura numero, & authoritate forsan superiora. Accursus ibi verbum *eiicere*, variè soluit; illa verò solutio, si quam diluere difficultatem poterit, placebit, quod paterfamilias, qui vsumfructum concessit & reliquit, lapidicinas illas instituerat; quod si obiicias, neque inchoatum quidem opus potuisse vsufructuarium

rium perficere; respondet Accursius, ex voluntate domini, qui eas instituerat, fuisse perfectas, & vites eiectas, & extirpatas. Adiuuant verba Iureconsulti ibi, *vel quas paterfamilias instituit*; & rursum quæ sequuntur verba; *& si fortè in eo quod instituit*; vt hæc verba referantur ad patremfamilias, vt ex voluntate ipsius videri possint vites extirpatæ & depulsæ, quasi id omnino facturus esset, secutus patrisfamilias voluntatem; vnde nec morte eius existimamus peremptam voluntatem, quasi permanentem in hærede, qui ex voluntate patrisfamilias, qui lapidicinas instituerat, omnino fuisset extirpaturus vites, & instituturus eas lapidicinas. Quod si Accursij displiceat sensus, difficilè lex interpretari poterit, propter formam mutatam agri.

Alias etiam expensas facit fructuarius ratione fructuum, quibus vtitur & fruitur; tributa enim & onera rerum, reliquaque grauamina subit; & ex hoc 45 capite immodicam quoque facit impensam, quod tradit Pinellus *dict. l.1. parte 2. num.72.* & post eum Aluarus Vazquez, vt solet latissimè & optimè, *quæstione iuris emphyteutici* 17. & post hos Ludouicus Molina *de primogeniis Hispanorum lib.1. cap.27. num.8.*

In quo iuris indubitata regula est, vt qui fructus percipit, omnia hæc onera subeat, sequuntur enim fructus, à quibus expensæ hæ pendent, Matthæus 46 de Afflictis *in constitutionibus Neapolitan. lib.1. rubrica 97. §. vltimo, num. 5.* Chassaneus *in consuetudinibus Burgundiæ, rubrica* 4. §. 6. Gigas *de pensionibus quæst.* 38. *& quæst.* 43. Baldus, Angel. & alij *in l. hactenus*, sæpius allegata, Auendañus *de exequendis mandatis Reg. Hispaniæ, lib. 2. cap.* 14. Orosius *in l. inter debitorem, ff. de pactis.* Pinellus, Aluarus Vazquez, & Molina *vbi suprà.*

Quod adeò verum est, vt pro rata teneatur ad tributa & onera realia, & ad alia omnia quæ præstantur ratione rei, quicumque fructuum aliquam par- 47 tem percipit; namque pro ea parte oneris quoque & tributi subibit grauamen, Matthæus de Afflict. *in §. præterea ducatus, lib.3. feudorum, tit. de prohibita feudi alienatione per Federicum, num.* 53. item *decisione* 252. *num.* 2. quod descendit ex ea ratione, quia hæc onera fructus sequuntur. Præterea non solùm perti- 48 net ad eos, qui fructus percipiunt, solutio onerum & tributorum, quæ consueuerunt solui ante vsumfructum constitutum, sed & de nouis impositis: textus *in l. quæro, ff. de vsufructu legat.* Afflictis *in dict. §. præterea ducatus, num.* 57. & Bart. *in dict. l. quæro*, facit lex *seruitus, ff. de seruitutibus vrbanorum prædiorum*, Pinellus *vbi suprà*, Aluarus Vazquez quoque *num.* 5. qui optimè respondet *ad l. Seio, §. medico, ff. de annuis legatis*: vide apud eum.

Quod si fructuarius emerit vsumfructum, vel ex causa onerosa contingat, 49 vt quia in dotem acceperit fructus beneficij decennio, triennio, vel quinquennio percipiendos, nil interest, vel emeris vnâ summâ, vel in solutum acceperis. Itaque si contingat ex causa onerosa, is minimè teneretur ad onera extraordinaria, quæ minimè consueuissent exigi, & fieret deductio pretij pro ratione deductorum fructuum; namque dicta lex *quæro*, loquitur in legatario, & ita in causa lucratiua; & ad hunc sensum intelligenda est dicta lex *hactenus*, cum similibus; expensæ enim minuunt valorem fructuum, vt per Alexand. Iasonem, & Imolam, quos ad hoc adducit Pinellus vbi suprà, *num.72. versiculo ex quo à paritate*

paritate rationis; ea enim natura est fructuum, vt semper expensas excipiant: neque enim dicitur fructus, nisi qui superest deductis expensis, quare in his extraordinariis tributis vsufructuarius ex causa onerosa, quoniam non tenetur, si ex hac causa expenderit, id recuperabit tanto minùs soluendo.

50 Et quamuis verissimum sit dependere solutionem onerum & tributorum à fructibus, in vsufructuario illud recipimus, vt ad onera præterita minimè teneatur, neque ad decursas pensitationes, quæ tempore domini debitæ, solutæ tamen non sunt. Faciebat in hoc difficultatem decisio textus cum glossa *in l. Imperatores, ff. de publicanis & vectigalibus*, ibi: *Ipsa prædia, non personas conueniri*. Et ibi: *Ideo possessores etiam præteriti temporis vectigal soluere debere*. Paulus, & meliùs decisio Matth. de Afflict. 95. textus *in l. 3. §. fin. ff. de censibus*, ibi: *Ob tributa præteriti temporis*. Ex quibus Pinellus securè in vsufructuario id recipiebat, vt ad onera præteriti temporis teneretur, idque *d. num. 72. versic. nonò ampliatur*. Quod tamen sanè intelligendum erat, vt scilicet conueniri cum effectu posset; at verò exacta ab ipso onera & tributa ab hæredibus proprietarij recuperari possint. Ita tenebant, retenta opinione Pinelli, glossa & Scribentes *in d. l. Imperatores*, & Aluarus Vasquez *d. q. 17. num. 22.* Qui tamen in vsufructuario circa præterita onera, & tributa & impensas huiusmodi, existimat fructuarium posse conueniri propter hypothecam, vtpote rei obligatæ possessorem: fructuarius enim naturaliter rem possidet, quâ fruitur & vtitur, Tiraquel. *in tract. de morte, 3. part. declaratione 1. num. 4.* dominus D. Couarr. doctissimus *in regula possessor, 2. part. in principio, num. 5.* glossa ibi & Iason. & reliqui *in l. naturaliter, ff. de acquirend. possessione*. Igitur ait Aluarus Vasquez posse conueniri fructuarium quasi possessorem ob hypothecam, quasi denegata hypotheca, aut prætermissa necessaria excussione, contrarium fuisset dicturus, idque *dict. q. 17. num. 23.* Constat enim prædia, ipsásque res pro his oneribus &
51 tributis, in his ipsis rebus repertis obligatas esse, & infectas esse quibusdam tacitis obligationibus; nam de expressis, quo modo inducantur pro his tributis annuis, diximus suprà *c. 4. num. 30.* cùm de expensis egimus, quæ circa alimenta contingunt: de hac autem obligatione vide Antonium de Fano *de pignoribus 2. part. membro 4. num. 125.* Iason & ante eum Paulus *in l. idem Iulianus, §. hæres igitur, ff. de legat. 1.* Aluarus Vasquius *dict. quæst. 17. n. 20. & 21. l. 25. tit. 13. part. 5.* vbi Gregorius Lopez. Itaque censet Aluarus Vasquius ex hac hypotheca conueniri posse vsufructuarium tanquam rei naturalem possessorem, Chassaneus autem *in consuetudinib. Burg. rubrica 4. §. 6. num. 4.* & eum secutus Auendaňus *de exequendis mandatis Regum Hispan. cap. 14. num. 15.* tenent fructuarium omnino non teneri de præteritis, cum gloss. *vers. Solarium, in dict. l. idem Iulianus, §. hæres, ff. de legatis 1.* quæ non habet reprehensorem: & licèt ita videbatur dicendum cum glos. suprà allegata; tamen ea difficilis est, propter dispositionem dictæ legis *Imperatores*. Illud certum est, & citra dubium, quod si fructuarius conuentus tributa præterita soluat, magis enim est, vt de ipsis possit conueniri tanquam possessor naturalis rei pro eisdem obligatæ; aduersus hæredes defuncti, cuius tempore cœperunt deberi, recursum habeat, saluúmque sibi & integrum ius remaneat, vt à se exactum recuperare ab

ab eis possit. Quod quidem generale est in omni possessore rei, quæ sine certo authore obligata est ad tributa, vt si præterita & decursa soluerit onera, conseruet nihilominns sibi ab eo, & eius hæredibus, qui debere cœpit: iuxta quem sensum exponitur opportunè textus *in dict. l. idem Iulianus*, §. *hæres*, *ff. de legat.* 1. cum glossa ibi & communi, vt ibi hæres teneatur ad onera præterita in effectu, quia fiscus primò exigit à legatario possessore, & demùm legatarius ab hærede. Ita interpretantur Alberic. Bart. Imol. Paul. Alexand. & Iason ibi, Tiraquellus *primo retractu*, §. 6. *glos.* 1. *num.* 7. quod recipiendum est in omni eo qui ad præteritas pensitationes & decursa tributa conuenit, vt solutum ex hac causa, recuperare possit ab eo, seu eius hæredibus, qui debere cœpit; vnde nouus possessor beneficij, qui iura Episcopalia, vel pensiones decursas præteriti temporis soluit, propter quæ, vtpote possessor, conueniri potest, secundum Cardinalem *in Clement.* 1. *de censibus*, *quæst.* 11. ab hæredibus mortui id recuperabit.

Item & possessor prædij, qui decimas prædiales præteriti tenporis soluit 53
conuentus, iuxta glossam *in cap. tua nobis*, *cap. pastoralis*, *ad finem*, *de decimis*, & quæ tradit Federicus de Senis *consil.* 81. & defendit contra Chassaneum *in consuetudinibus Burgund. rubrica* 4. §. 6. *num* 5. *versiculo*, *& supporter*, Aluarus Vazquez *d. quæst.* 18. *num.* 8. hic quoque solutas à se decimas, ab antecessore verò debitas, hoc quem diximus modo, recuperabit.

Quin & nouus successor in beneficio decursas pensiones soluens, pro qui- 54
bus conueniri posse certum est, Gigas *de pensionibus quæst.* 43. Philipus Francus *in capit. fin.* §. *fin. num.* 4. *de officio ordinarij lib.* 6. Ioannes Baptista Caccialupus *in eodem tractatu de pensionibus*, *quæst.* 11. eadem item recuperabit, ex glossa *in d.* §. *hæres*, & communi interpretatione. Idem exigit ratio, vt quamuis possessores conueniantur, exactas ab illis pensiones recuperent, qui verè earundem erant debitores, propter prædia quæ possederunt tributaria, & obligata propter pensiones, onera & tributa; & qui fructus, ex quibus omnino deducenda fuissent, perceperint, ex ratione dictæ legis *Imperatores*, easdem luunt.

Idque obtinuit etiamsi inter vsufructuarium & possessorem rei, prædij, fundi, vel beneficij (nihil intetest,) pro quo, aut ex fructibus cuius pensio 55
soluitur, vel tributum, pactum & conuentum sit, ne possessor omnino teneatur pro tributis & pensionibus; non enim valet hæc pactio, vt fiscum amouere possit à petitione tributi debiti contra rei possessorem, qui nihilominus ac si pactio illa nunquam intercessisset, conuenitur, & tributa soluit, *l. penultima & vltima*, *C. sine censu vel reliquiis fund. compar. non poss.* id enim sonant verba illa, *sine reliquiis*, id est sine obligatione soluendi reliquum, quod ex censu debeatur. Ita exponit Rebuffus *ad constitutiones regias*, *tractat. de constit. reddit. art.* 1. *gloss.* 15. Oroscius *in l. inter debitorem*, *ff. de pactis*, vbi bonus textus, Antonius de Fano *de pignoribus* 7. *parte*, *membro* 3. *num.* 9. Quod quidem ita accipiendum est, vt hæc pacta non valeant in præiudicium fisci, qui nihil istiusmodi pactionibus constringitur. Cæterùm, quantùm attinet ad concedentem vsumfructum, si voluit vsufructuarium immunem ab his oneribus & tributis, ad hæredem ipsius pertinebunt, etiamsi à fructuario soluta sint:

tenet Oroscius *vbi suprà*, & post eum Aluarus Vazquez *dicta quæstion*.17. *numero* 14.

56 Quin & illud obseruandum est, non solùm teneri fructuarium onera, & tributa realia, quæ insunt rebus, soluere, propter fructus ab eo perceptos, quos illa sequantur, quocumque vadant; sed etiam tenebitur soluere collectas: collecta namque etiamsi imponatur primò & principaliter personis, imponitur tamen pro bonis, & ad rationem fructuum, & redditutum; neque enim istæ collectæ insunt rebus, sicuti tributa & onera alia realia; sed personam quærunt, pro modo tamen rei; fructus & reditus. Bartol. *in dict. l. quæro, ff. de vsufructu legato*. Baldus, & Ang. *in dict. l. hactenus*, sæpiùs allegata, Romanus & alij *in dict. l. Imperatores*, Petrus Vbaldus *in tractatu de collectis*, Afflictis *in feudis quæ sunt regalia*, §. *plaustrorum*, *num*.40. Licèt enim differant in aliquibus tributa à collectis, vt per Barth. & Plateam *in l*.1. *Cod. de annonis*, *lib*.10. & Alexand. *cons*.78. *lib*.6. & *consil*.35. *lib*.4. & Baldus *in l. fin. ex num*.3. & Salicetus *num*.5. *cap. sine censu vel reliquiis*, & alios quos refert Aluar. Vazq. *dict. quæst*.17. *num*.8. & alios retulerat Pinel. *d. num*.72. *ampliatione* 10. *ad finem*, qui ambo reprobant Rebuffum *in dict. l*.1. *Cod. de annonis*, *lib*.10. qui existimabat collectam esse diuidendam inter dominum & eum qui fructus lucrabatur, contra iuris veram & fundatam rationem, quâ receptum est ex fructibus deducenda esse hæc ipsa onera; cùm enim collecta licèt principaliter imponatur personis, soluatur ratione bonorum, & pro modo reddituum & fructuum, quos quis ex bonis percipit, necesse est vt qui fructus percipit bonorum, collectas quoque subeat sicuti & tributa; quod si partem fructuum, pro rata quoque onus istud sentiet.

57 Quod si fructuarius pensionem soluit, pensionarius item pro rata suæ pensionis collectas soluat; & ita vnusquisque secundùm emolumentum fructus. Simile in emphyteuta, & domino qui canonem percipit, notant Afflictis *dict*. §. *plaustrorum*, *num*.36. Lucas de Peña *in l. vna*, *Cod. de imponend. lucrat. descriptione*, *lib*.10. idem *in l. fin. Cod. de fundis limit. lib*.11. Alexand. *in l. vbi purè*, *ff. ad Trebellian*. & *in l. quoties*, *ff. ad legem Falcidiam*, Iason *in l. non ampliùs*, *ff. de legat*.1. dominus proprietarius pro rata pensionis collectam soluet, *argumento l. si quos*, *Cod. de rescindend. vendit. l*.2. *Cod. de prædiis nauicul. lib*.11. Platea *in l*.1. *Cod. de cens. & censit.* Aluar. Vazquez *dict. num*.8. quod est quotidianum & vtile ad multa.

58 Ex qua resolutione inferas ad pensionarium & beneficiatum, vt teneatur vterque ad decimas Papæ, & charitatiua subsidia pro rata fructuum; pensionarius autem pro rata pensionis, Caccialupus vbi suprà, *quæst*.17. Gigas *quæstion*.38. 39. & 40. Rebuffus *de pacificis possessoribus*, *num*.20. Chassaneus *in consuetudinibus Burg. rubrica* 3. §. 6. *num*.7. Tiraquellus *de primogeniis*, *quæst*.75. *num*.10. Quod notandum est ad nouam collectam del Dezmero, concessam Philippo Regi nostro potentissimo, vt pensionarij quoque detrimentum patiantur, & diminutionem. Ex hac regula ex eo fit, vt quotidie videamus pensiones concessas immunes, liberas, & exemptas ab omni decima, onere, & tributo, & collecta etiam nouiter imponenda. Quod est notandum pro his, qui partes fructus percipiunt, vulgò sui curas, vnà cum Rectoribus, de quibus

bus suprà, *cap.9.ad fin.* egimus; omnes enim pro rata tenentur, ex portione fructuum quos percipiunt, ad has quoque collectas.

Illud præterea in hoc addendum est, quod etiamsi hæc omnia vera sint, & secundùm iuris rationem; tamen si aliter se habeat præscripta legitimè con- 59
suetudo, quod attinet ad tributa & onera realia, vt scilicet domini prædiorum, non vsufructuarius, beneficiati, non item hi qui partem fructuum sine cura animarum percipiunt, vel emphyteutæ, non directus dominus soluant hæc tributa & onera, consuetudo hæc inueterata seruanda est; plurimùm enim valet in solutione onerum & tributorum: glos. & Ioannes de Platea *in l.1.Cod.de annonis & tributis, lib.10.l.litibus, §.hac de redditibus, Cod.de agricol.& censit.lib.11. l.Celsus, ff.de probat.* Auendañus *lib.2.de exeq. mandat. Reg. Hisp.cap.14. num.19.& 21.* Dec. *consil.285.num.2.* Bald. *consil.365.lib.3.*

Vltimò, quod hoc casu, quo vsufructuarius soluit collectas, ratione fru- 60
ctuum habetur consideratio fructuum integrè, id est non deductis expensis in colligendis, conseruandis, & conferendis fructibus, idque ratione publicæ vtilitatis, quod tradit Auend. *dict. cap.14. num.15.* Matthæus de Afflict. *decision.252.* tradit etiam Aluarus Vazq. *vbi suprà*, qui ab eis decedit, & meritò; ego enim eam sententiam reciperem nunquam; nullus enim casus est, qui hoc genus deductionis impediat, vt diximus *cap.1.* suprà: id rationi maximè quadrat; quæ enim vtilitas Reipublicæ persuadere potest, vt quæ iuris constitutio in cæteris iuris partibus locum habet, aduersus Rempublicam in odiosis tributis non habeat? an respublica extorquebat à me cum fructibus laborem, impensam, & substantiam meam? Nulla ratio id suadet; fructus enim non solùm percepti, & à solo separati, in qua specie nulla dubitatio est, intelliguntur deductis impensis huiusmodi, sed & pendentes, & solo affixi, hanc diminutionem impensarum sentiunt: vnde cùm hoc iuris sit, vt quocumque tempore fructuarius moriatur, omnes quos percepit fructus, ipsius hæredi relinquantur, reliqui verò, & pendentes, & stantes ad proprietarium pertineant, *§.is ad quem, Institutis de rerum diuisione, l. in singulos, ff. de annuis legatis*, vbi *fructuarius*, inquit lex, *etiamsi maturis fructibus, nondum tamen perceptis decesserit, hæredi suo eos fructus non relinquit, l.si fructuarius, 13. ff.quibus modis vsusfructus amittat. l.qui scit 25. §. primo, ff. de vsuris, l. arboribus 12.§.5. ff.de vsufructu:* atque par ratio est in contrariam partem; vicissim enim & fructus pendentes in agro tempore inchoati vsusfructus ad vsufructuarium pertinent, *l.si pendentes 27. l.si vsusfructus, 35.ff.de vsufructu.* Vtroque autem casu æquum est, vt siue maturis fructibus decedat fructuarius, has impensas proprietarius; si verò proprietarius, & tunc vsufructuarius rependet, quas vterque fecerit dum arant, stercorant, serunt, & omnem culturam suo labore, & opera adhibent; semper enim fructus intelliguntur deductis his impensis, vt diximus, *l.fructus, ff. solut. matrim. l.1. Cod.de fructibus & litium expensis, l.fundus, ff.famil.hercisc. l.quod in fructib. ff.de vsur.* Atque illud quod diximus de fructibus sanè intelligendum est, si fructuarius per se agros colat; nam si colonis pro pensione colendos dederit, tunc de pensione alia ratio est; diuiditur enim inter dominum & hæredes fructuarij, *l. si operas 26. & l. defuncta, 58. de vsufructu.* Franciscus Hothomanus *lib.2.feudorum, hîc finitur*

lex, §.*his consequenter*, & latiùs & meliùs D. Didac. Couarr. *variarum lib.1. cap.15. per totum.*

Et quamuis recepta sententia intelligat fructuarium debere soluere onera, & tributa rei, ita tamen, ne solutis oneribus legatum vsusfructus maneat sine vtilitate, quasi dicat non teneri fructuarium soluere hæc onera, si iis solutis
61 nihil sibi vsusfructus reliquum esset, & ita legatum remaneret sine vtilitate, idque cum glossa *in l. si pendentes*, §.*si quid*, *verbo pertinebunt*, *ff. de vsufructu*, Cynus relatus à Bart. *in l. penultima*, §.*fin. ff. de legat.3.* Cynus relatus ab Alex. *in l. apud Iulianum*, §.*si quis*, *in fin. ff. de leg.1.* Molineus *in consuetudinibus Parisiensib.* §.*22. gl.1. num.16.* allegant legem *qui concubinam*, §. *qui hortos*, *ff. de legatis 3.* sed verè ille textus nihil facit ad hanc quæstionem, nec ibi agitur de onere aliquo aut tributo. Legauit ibi testator fructus hortorum, quos ad quinquennium conduxerat à populo Romano. Respondet in ea specie Iureconsultus, teneri hæredem soluere mercedem populo Romano conductionis, ne legatum fiat inutile, legatario soluente mercedem de tributo aut onere: nec temerè, nec immeritò dubitauit Alexand. *in dict.* §.*si quis*, & contra communem tenuit Angelus *in l. eum ad quem*, *in fin. Cod. de vsufruct.* & ita contra communem concludit Pinellus, & meritò, *dict. num.72. limitat.7.* vbi ad propositum alia adducit.

Sæpe etiam contingit, vt fructuarius diminutionem sentiat ex vsufructu, quia sæpè res, in quibus habiturus erat vsumfructum, ad æris alieni solutionem subtrahuntur, vnde vsusfructus quoque diminuitur: quæ inuestigatio eò pertinet, an vsufructuarius teneatur ad æris alieni solutionem, & pertinet *ad l. final. ff. de vsufructu leg.* quem textum explicat Dominus Didacus Couarr. per sex conclusiones, *variarum lib.2. cap.2.* Ludouicus quoque Molina explicat materiam *lib.1. cap.10.* ferè per totum. Summam attingemus, & in primis iure communi illud expeditum est, vt fructuarius certæ rei nihil nomine æris alieni expendat, *dict. l. final. ff. de vsufructu legato*, ibi: *At si certarum rerum vsusfructus legatus erit, non idem obseruabitur, immò nec actiones actiuæ vel passiuæ transeunt in fructuarium, quia actio personalis non sequitur singularem successorem, l. fin. ff. de contrahend. emptione, l.1.* §.*si hæres percepto*, *ff. ad Trebellianum.* Itaque in hac specie non solùm non est actio contra fructuarium, verùm nec deductio aliqua debiti: rursum nec in fructuario quotæ partis hæreditatis est æris alieni deductio, *l. si quis seruum*, §.*fin. ff. de leg.2.* quia hæreditas intelligitur deducto ære alieno; & ita subtiliter cui pars quota hæreditatis relinquitur, æs alienum soluit pro rata portionis; & actiones actiuæ & passiuæ transeunt in eum cui pars hæreditatis relinquitur, licèt hæreditatis partem intelligamus deducto ære alieno. Bart. *in dict.* §.*fin. l. si quis seruum*, Paulus & Raphael Cumanus. Idem obseruandum est, si vsusfructus pars bonorum relin-
62 quatur, quia tunc debita & onera deducuntur, *l. generali*, §.*fin. ff. de vsufructu legat.* *Vsumfructum tertiæ partis*, inquit Scæuola, *bonorum suorum vni ex hæredibus legauerat ibi: an eximenda sint ex quantitate, vt reliqua duntaxat pecunia, si hoc elegerit hæres, reddi debeat? Respondi reliquæ pecuniæ tertiam præstandam.* In hoc autem casu vbi quota bonorum requiritur vt æs alienum soluatur, non conuenitur nisi hæres, ipseque hanc deductionem facit, reliquumque

que

que ex manu dat legatario. Peralta post Paulum *in dict.§.final. l.si quis seruum*, Rodericus Suarez *in l.quoniam in prioribus*, 7. *ampliat. num.*12. & 13. Dominus Didac. Couarr. *vbi suprà*, Molina *vbi suprà*, *num.*8. Quod si relinquatur vsusfructus omnium bonorum, vel totius hæreditatis, tunc est locus decisioni dictæ legis finalis, *ff.de vsufructu legat.* & legatarius omnium bonorum, vel totius hæreditatis, quem rectiùs hæredem vocabis, tenetur & conuenitur ob debita: idem Dominus Didacus Couarr. & Molina *vbi suprà*, & Petrus Peralta *in l.*3. §. *qui fideicommisso*, *num.*106. *ff. de hæredibus instituend.* & hæc iure communi statuta sunt. Vide etiam Guillelmum Benedictum *in cap. Raynutius*, *de testamentis*, *verbo*, *& cætera bona*, *num.*43. vt si fructuarius præueniat hæredem soluendo, retineat res pro debitis, quousque sibi satisfiat: & Bart. *in dict.l.fin. ff.de vsufructu legato*; quæ addenda sunt ad Antonium Gomesium *de Contractibus tom.*2.*cap.*15. *num.*7.

Nunc de lege 21. Tauri agendum est, in cuius explicatione mirè variant nostri Hispani Interpretes, an scilicet corrigat ius commune quod diximus, scilicet an melioratus in tertium & quintum bonorum, possit conueniri pro rata æris alieni, ex dispositione illius legis; constabat enim ex superiùs adductis, eum cui pars quota bonorum relinqueretur, non teneri actiuè, nec passiuè ad debitorum solutionem, sed deberi ab hærede peti, qui deducturus videretur ex bonis, *ex dict.l. generali*, §.*fin.ff. de vsufructu legato.* At verò in legato aut prælegato rei certæ, nihil neque ab hærede deducebatur nomine æris alieni, neque quicquam soluere tenebatur legatarius rei certæ, neque ea de re conueniri poterat, nec hæres pro rata item rei illius, etiamsi pretiosa esset, quicquam deducturus erat nomine æris alieni: hoc in vtroque casu videbatur correctum *dict. l.* 21. vt melioratus in parte quota bonorum, scilicet in tertio & quinto, teneretur, & conueniri posset ob æs alienum, pro rata tamen, omisso hærede, ibi: *Sean obligados los tales meiorados à los pagar por rata de la dicha meioria, como si fuessen herederos en la dicha meioria de tertio y quinto.* Tum etiam vt ex prælegato certæ rei deduceretur æs alienum pro rata, atque ob eam rem conueniri posset legatarius, aut melioratus, ibi: *Lo qual mandamos que se entienda, ora la dicha meioria sea en cosa cierta, o en cierta parte de bienes.* Et in hoc plures ex nostris existimant legem nostram correxisse ius commune, secundùm Dominum Didacum Couarr. *variarum lib.* 2. *capit.* 2. *num.*2. Rodericus Suarez *in l.quoniam in prioribus*, 7. *extensione*, *num.*8. idem & liberiùs Cifuentes, Palacios Rubios, Tellus Fernandez, Gregorius Lopez *in l.*2. *titul.*9. *partita* 6. *in gloss. verbo*, *La manda*: in altero casu dicit concordare cum iure communi, in altero ait esse correctoriam: Petrus Peralta conatur ipsam ad ius commune adducere *in l.* 3. §.*qui fideicommissam*, *num.* 142. *ff. de hæredibus instituend.* & *in l. si quis seruum*, §. *fin. ff. de legat.* 2. Ludouicus Molina *vbi suprà*, ait omnes, qui hucusque de ea lege scripserunt, aut errare, aut æquiuocè locutos fuisse: & primùm intelligit totam legem in tota sua dispositione, vt loquatur in prælegato partis quotæ bonorum, scilicet in melioratione tertiæ & quintæ partis bonorum, aut saltem in tertia, vel quinta; nusquam verò agere prædictam legem de prælegato in certa re: & verba illa, *Lo qual mandamos, que se entienda, ora la dicha meioria sea en cosa cierta*, intelligit,

telligit, scilicet de melioratione tertij & quinti in re certa, de qua loquebatur in principio legis; & ita tenet lapsos fuisse qui intelligunt esse deducendá debita ex prælegato rei certæ, nec correctum in hoc censet ius commune. Vnde si pater prælegauerit filio fundum Seianum, censet ex eo fundo non esse deducendum æs alienum pro rata, & incorrectum esse ius commune; & hunc casum expellit à dispositione dictæ legis 21. quasi de eo nihil actum sit.

In altero verò casu, scilicet in prælegato tertij, aut quinti bonorum, de quo intelligit prædictam legem, censet etiam incorrectum ius commune, vt melioratus non sit conueniendus, sed hæres. Ponderat textum qui dicit, tempore diuisionis bonorum esse deducendum æs alienum: quod si appareat æs alienum post diuisionem, tunc in effectu teneri melioratum ait; quasi dicat priùs conueniendum hæredem, tum demùm melioratus tenebitur hæredi: hic ferè sensus est, acutus sanè, nescio tamen an æquè vtilis, & ex eiusdem legis ratione mihi neque probatur, neque reprobatur: legum nostrarum semper publicam vtilitatem quærere sum solitus, propter quam editæ videri possunt; illum enim circuitum, vt hæres conueniatur, tum ab hærede melioratus, non probo: verba etiam illa, *Sean obligados à las pagar, como si fuessen herederos*, fortiora sunt omni solutione.

Præterea illa lex in eo est noua & elegantissima, quod filius qui patris hæreditatem repudiauit, contentus prælegato tertij, aut quinti, debita paterna soluat ex prælegato, contra ius expressum *in l. 1. C. si certum* petatur; cùm enim possit quis prælegatum acceptare repudiata hæreditate, *l. qui filiabus, §. fin. ff. de leg. 1. l. 2. tit. 9. partita* 6. cúmque melioratio tertij & quinti inter filios prælegatum sit, *argumento l. non amplius, §. cùm bonorum, ff. de legatis primo, l. quoties, C. famil. erciscund.* & *dict. l.* 21. cúmque debita ex hæreditate integrè deducantur, non ex prælegato, *dict. l. 1. C. si certum petatur*, qui est textus expressus, profectò dicta lex 21. in eo est singularis, vt debita ex prælegato deducantur: & ita videbatur ex ea correcta dicta lex 1. *Cod. si certum petatur.*

Sed reuera ego existimo dictam legem 1. *C. si certum petatur*, non esse correctam *ex dict. l.* 21. namque prædicta lex 1. loquitur in eo qui hæreditatem acceptauit, vt hic pro prælegato nihil debitorum soluat, ibi, *tu, & frater cohares tuus*; & ibi, *pro portionibus hæreditariis:* at verò dicta lex 21. procedit in eo, qui repudiauit hæreditatem paternam, qui dolo facere videtur, accepto lucro, & reiecto ære alieno ad fratres: in quem iuxta veram rationem legis 1. *ff. si quis omissa causa testamenti*, iustè fuit dicta lege 21. constitutum, vt ad debita pro rata teneatur, secus forsan erat dicendum, si hæreditatem acceptasset, *ex d. l. 1. C. si certum petat.* quo casu dicta lege 21. nihil disponitur; vnde ex hac ratione existimo D. Didaci Couarr. declarationem verissimam, ex ratione dictæ legis 21. quæ versatur in melioratione rei certæ & partis bonorum: & cùm filius lucrum captans, relinquat hæreditatem onustam ære alieno, meritò tunc ex prælegato debita quoque deducuntur, & ipse tenetur, & conuenitur.

64 Iste autem fructuarius, quoniam res omnino finito vsufructu restituendæ sunt, vt *d. §. finitur*, tenetur à principio inuentarium singularum rerum conscribere, & potest ad id compelli, cùm teneatur ad rationem, curam, & diligentiam,

gentiam, exactè descripta qualitate & quantitate rerum fruendarum, vt meliùs damnum vel melioratio finito vsufructu cognosci possit, *l.1.§.rectè, ff.vsusfructus quemadmodum caueat.* quem textum licet glossa *verb. fauent*, intelligat de consilio, intelligendum est omninò compelli posse, Ang. *in §. constituitur, Instit. de vsufructu*, Rebuff. *ad constit. Galliæ, tom. 1. tract. de sentent. tit. 13. gloss. 3. num.* 8. Iacobinus à sancto Georgio *in l. fin.* §.1. *C.de iure deliberand.* 65
Matth. de Afflict. *decision.* 342. quod etiam in patre legitimo administratore bonorum filij recipit, & tenendum censet Pinellus *dict. l.1. 2. parte, num.* 13. nec distinguimus inter descriptionem rerum, vel inuentarium, dummodo constet, quid, quantúmque ad patrem peruenit; in hoc enim idem existimamus inuentarium & descriptionem, licèt distinguant Boërius *decis.*61.*num.*7.Guido Papæ *decis.*351. Bertrand. *cons.*243. *lib.*1. *num.*6. Cuman.*cons.*88.

Quod quidem non solùm habet locum in fructuariis, sed & in beneficiatis, 66
quos nonnulli valetudinarios vsuariis, prospera verò valetudine fructuariis similes esse existimant, glossa *in cap. præsenti, de officio ordinarij in 6.* Barbatia *in cap. requisisti, de testamentis, num.*34. vidè Abbatem *in cap. cùm esses, de testamentis.* In quo tamen an sint vsuariis, an verò fructuariis similes, miserè variant Scribentes, cùm verius sit, nec esse illis, neque his similes; sed habere dispositionem fructuum beneficiorum taxatam & limitatam à iure, non verò liberam; alibi enim disponere possunt, & habent suas distributiones liberas; alibi verò non; quia taxatum & limitatum est eis dominium fructuum. Vt non sint vsuarij, facit titulus & ius quod habent in re, & fructuum perceptio, & distributio; item administratio instar dominij. Vt non sint fructuarij, facit quod de fructibus ipsis liberè disponere non possunt, nisi certis casibus à iure expressis, quos omnes vide apud Dominum Couarruuias *in cap. cùm in officiis, num.2. & 3. de Testamentis*; idque magis recipiendum est in Episcopis, per ea quæ notat Couarruuias *in cap. 1. eodem, per totum.* Cùm igitur in his quædam ratio, quæ militat in fructuariis, imò omnia quæ adducuntur, vt fructuarij cogantur inuentarium facere, in his sint fortiora, dicendum est teneri eos ad inuentarij confectionem, cùm ea res in nihilo sibi noceat, plurimùm verò prosit, & pertineat ad vtilitatem Ecclesiarum, & earundem bonorum; quæ ratio facit, vt inuiti teneantur. Ita tenebat glossa *in cap. qualiter, el 2. verb. redde, de accusationib.* & *in c. auditis, de in integr. restit.* & *in cap. nulli, de rebus Ecclesiæ*, & *in c. ea quæ, de officio archid.* & expressa glossa *in cap. manifesta, 12. q. 2.* Paulus *in l. Orphanotrophos, C. de Episcopis & Clericis*, Bertachinus *de Episcopo lib.4. part.4. num.28.* Ancharanus & Imola *in cap. cùm in officiis, de de testamentis*, Aret. *consil.*31. quæ opinio rationem habet, eam scilicet, quæ fructuarium compellit ad inuentarij confectionem, *argument. d. l.1.* §. *rectè*: cùm enim sit quædam futura restitutio in his bonis, & debita, & vtilis administratio, & ratio quædam reddenda eorum quæ perperam administrata sint, vt dicemus proximè, planè recipienda est hæc opinio contra aliam opinionem receptam etiam, quæ contrarium asserebat ex duobus: tum quod nullibi constitutum esset Episcopos, & Rectores, vel beneficiatos debere facere inuentarium rerum ad Ecclesias suas pertinentium; quod quidem non est sine difficultate, cùm in administratoribus receptum sit, atque adeò vbicumque restitutio futura

futura est: item ex eo quod sibi non noceat, prosit verò plurimùm Ecclesiis, earúmque rebus. Ex quibus reliquum est, vt hæc opinio sit recipienda, contra Abbat. *in quæst.3. dub.* 4. & Felinum *in cap. cùm deputati, de iudiciis*, Barbat. *dict. c. cùm in officiis, num.*10. tum ex eo fundatur hæc opinio, scilicet ne tenerentur ad inuentarium, quod Episcopi, & Rectores beneficiorum non poterant videri similes tutoribus, gloss. *in cap. fin. q.*53. Abbas *in d. c. auditis*, & alij, quos refert Couarruuias *in d.c.*1.*de testamentis,num.*9. quod quidem etiamsi concedamus, non esse eos similes tutoribus, obtinere tamen debet, vt omnino teneantur conficere inuentarium, quia ad damna proculdubio tenentur, & ad deteriorationes, vt videbimus, & est quædam restitutio: quæ duo sine inuentario intelligi nullo modo possunt; nisi enim intelligas, quis fuerit status rerum, quæ qualitas, quæ quantitas, ad Ecclesiam pertinentium, damnum intelligi non potest, vel vtilitas, nec melioratio, aut deterioratio; necessariò enim ponendum est antecedens ad consequens, si sine altero alterum intelligi non possit, *l. rem mobilem, l. ad legatum, ff. de procuratoribus*: tum ex eo, quòd hoc inuentarium in nihilo ipsos grauat, vide infrà *cap.*16. *num.*39. vbi adducitur ius antiquum.

Et ita videmus ex his rationibus id receptum in pluribus aliis, non solùm
67 in tutoribus, scilicet in hærede, qui hæreditatem restituturus est, glossa *in l. in ratione, la* 1. *§. quod vulgò, verbo nimium approbata, ff. ad leg. Falcid.* & *in l.*1. *§. hæc verba, verbo sufficiunt, ff. si cui plusquam per l. Falcid.* Vincentius de Herculanis *in dict. §. quod vulgò*, Guido Papæ *decisione* 381. incipit, *Vtrum hæres, num.*1. *l.*10. *tit.*6. *part.*6.

68 Item & in possessore maioratus tenuit Petrus Peralta *in l.*3. *§. qui fideicommissum, num.*45. *ff. de hæredibus instituendis*, ídque non solùm in primo possessore, sed in singulis aliis comprobat Ludouicus Molina *de Primogeniis Hispan. lib.*1. *cap.*28. *num.*4. ídque concludit ex his rationibus in fideicommissario vniuersali, *num.*6.

Quapropter Prælati Ecclesiarum, tam maiores, quàm minores, compelli quidem poterunt facere inuentarium, saltem earum rerum, quæ ad eos, & in eorum potestatem deueniunt; & hæc opinio habet rationis fundamentum iure comprobatæ, quæ cordatum iudicem mouere potest; namque tenetur resarci e omne damnum, propter eorum negligentiam in rebus Ecclesiarum suarum contingens: glossa *in authent. idem est Nestorianis, C. de hæreticis*: Ioannes de Platea *in l. vna, C. de colonis Illyricis, lib.*11. Gregor. Lopez *in l.*7. *tit.*9. *part.*6. Molina *d. l.*1. *c.*27. *num.*3.

69 Ex quibus, vti ipse ait, in Regno Castellæ obseruatum est forensi vsu, vt mortuo Episcopo, sequens obtineat apud regios supremi Senatus Senatores præceptum, vt Iudex Regius vicinior Episcopatui compellat hæredes emortui, vt nominent æstimatores seu taxatores damnorum, quæ res Ecclesiæ passæ sint toto tempore quo Episcopus mortuus obtinuit Episcopatum; qui cum nominatis à nouo Episcopo, æstiment & taxent damna & deteriorationes, electo etiam tertio, non conuenientibus duobus; factáque æstimatione, restituitur pecunia nouo Episcopo, vt damna resarciat & reparet: quod quidem cùm in Episcopis receptum sit, eadem ratio poscit, vt in reliquis quoque minoribus

Prælatis

Prælatis recipiatur, in quo ipse Episcopus poterit præceptum dare; condignum enim est, vt suis sumptibus & expensis reparent res qua suâ negligentiâ destruxerunt, sicuti in possessoribus maioratuum existimat recipiendum Molina *vbi suprà*. 70

Meliorationes autem quæ fiunt à Prælatis, siue necessariæ, ad quas omninò tenentur, siue vtiles, ædificando de nouo in prædiis Ecclesiæ, vel reficiendo, vel plantando, vel quid aliud faciendo, hæc omnia ad Ecclesias pertinent, nihílque eo nomine ad hæredes Prælatorum pertinet, siue maiores Prælati sint, siue minores, siue Rectores beneficiorum; quia cùm fiant post dignitates, Episcopatus, & beneficia quæsita, planè sunt bona intuitu Ecclesiæ quæsita, & quæ processerunt ex fructibus ipsius Ecclesiæ, & talia præsumuntur, glossa, & Doctor. *in cap.* 1. *de peculio Clericorum*, & *in cap.* 1. *de testamentis*; & quamuis in Hispania inoleuerit consuetudo, vt Clerici testari possint, de qua multa D. Couarruuias *in cap. cùm in officiis, de Testamentis num.* 9. & Dominus Franciscus Sarmiento *de redditibus Ecclesiasticis* 3. *part.* & est hodie lex lata apud nos comprobata inter leges nouiter compellatas, *l.* 2. *tit.* 8. *lib.* 5. *Ordinament.* in his tamen meliorationibus, quæ factæ reperiuntur in beneficiis, & dignitatibus, & Episcopatibus, nunquam illam consuetudinem audiuimus receptam; de illis enim nunquam disposuere Prælati, nec in his hæredes Clericorum vnquam sunt auditi; ad Ecclesiam enim pertinent, ex bonis cuius processerunt: nec enim par ratio est meliorationum quæ fiunt à laicis in bonis; illæ enim omni iure ad eos pertinent, & sunt in eorum bonis. Bald. *in l. fin.* §. *final. Cod. Communia de legatis*, *num.* 6. & *in l. Senatus*, §. *Marcellus*, vbi Aretinus, *ff. de legat. primo*, communiter Dec. *consil.* 518. *num.* 2. & *cons.* 326. *num.* 4. & *in auth. qui rem*, *num.* 14. *Cod. de sacrosanct. Ecclesiis*, magis communiter Beroius *quæst.* 96. *num.* 4. & dicit dubitatione carere Cæpola *cons.* 213. *num.* 13. & 14. *lib.* 2. & ratio est, quia faciunt illi has meliorationes ex fructibus, qui pleno & integro iure ad se pertinent, quorum plenissimum habent dominium: in Prælatis & beneficiatis non item; fructuum enim, ex quibus fiunt hæ meliorationes, non habent dominium, sed taxatam & limitatam distributionem: quare cùm non fiant expensis propriè ipsorum, relinquuntur Ecclesiæ, in qua factæ reperiuntur; non enim sunt domini fructuum, vt patet ex his quæ tradit D. Couarruuias *dict. cap. cùm in officiis*, & *in cap.* 1. *eod.* ideò ad Ecclesiam modis omnibus pertinent. 1

Ex quo iuris fundamento meliorationes quæ fiunt à Canonicis in illis bonis, quæ accipiunt sub specie emphyteusis perpetuæ, vel conductionis ad vitam, pacta mercede, ad vitam tamen & refectionem, vulgò, *En las tenencias, que se arriendan entre los capitulares*, vt sibi redditus suæ Canoniæ sua manu percipiant, reliquum verò reddant Ecclesiæ, si quid supersit, remanebunt Ecclesiæ, nihilque hæredes Canonici nomine harum meliorationum percipient, quia ex fructibus Ecclesiæ processerunt, qui pleno iure ad Canonicum non pertinebant, & intuitu Ecclesiæ acquisita sunt, in quibus illæsum reperitur ius commune, vt ad Ecclesiam pertinere videantur: cùm enim bona illa nunquam egressa sint extra Ecclesiam, quia Canonicis traduntur pro refectione, meritò Ecclesia retinet meliorationes illas, sicuti si fierent à Prælato; &

par ratio est in Prælato, Episcopo, beneficiato, & in Canonico, qui expendit de fructibus Canoniæ in bonis Ecclesiæ, in quibus fructibus verè distributionem habebat limitatam, atque taxatam, non liberam.

Quod tamen intelligendum est si Canonicus morte bona meliorata relinquat; nam si bona illa à se auferantur, & Ecclesiæ iterum applicentur ex causa, quæ non accedat commisso, tunc quidem æquum est meliorationum haberi rationem, *argum. cap. 1. de in integr. restit.* erit tamen locus compensationi cum fructibus perceptis ex bonis, secundùm antiquum statum antequam perficerentur meliorationes; de quo inferiùs agendum nobis est, cùm de compensatione egerimus.

72 Quæ diximus autem suprà, de beneficiato meliorante intelligenda sunt, si Prælatus, siue beneficiatus, aut Episcopus, siue Canonicus simpliciter faciant meliorationes & expensas nomine suo, cùm fructus quoque percipiat dignitatis, Episcopatus, beneficij, aut tenentiæ; namque si expensas faciat nomine Ecclesiæ, quasi cum eo contrahens, ipsamque obligaturus, tales scilicet, quæ excederent fructus beneficij, deductis expensis in serendo, colligendo, & conseruando, & attingerent ea ratione proprium patrimonium, aut si nullos fructus perciperet; tunc quidem illud quod de suo expendit, idque nomine Ecclesiæ, recuperabit, vide Abbat. *in capit. de multa, de præbend. & dignitatibus*, *num.* 14. & *in cap. fin. de peculio Clericorum*, & Boërium *decisione* 44. *num.* 14. *ad finem*, qui optimè in hoc loquuntur, & sunt quotidiana: quocunque autem casu sine læsione rerum poterunt abradere, dolia scilicet, arcas frumentarias, & alia id genus, quæ separari possunt; neque quisquam in contrarium aptè argumentabitur à fructuario, feudatario, emphyteuta, vel conductore; quia hi habent plenum dominium fructuum, & expensarum, ex quibus fiant meliorationes: Episcopus, beneficiatus, Prælatus, & Canonicus, ex singulari dispositione iuris Canonici non item.

73 Immò in hoc casu non fit compensatio meliorationum cum damno: itaque si Episcopus, beneficiatus, vel Canonicus meliorauit ædes, in eamque rem impendit mille; at verò culpâ & negligentiâ suâ in aliis rebus damnum reperiatur, siue ad mille, siue ad quingenta, non fit compensatio damni cum melioratione; quando enim damnum contingit ex culpa, tunc non est cum lucro compensandum. Bart. *in l. si negotio, num.* 1. *ff. de negotiis gestis*: & ita practicari in Prælatis in supremo Senatu Regio, testatur Ludouicus Molina *lib.* 1. *cap.* 27. *num.* 7. & ante eum attigit; & ita tenet ex eodem fundamento Gregorius Lopez *in l.* 7. *tit.* 9. *part.* 6. & est ratio communis, quæ habet locum tam in Episcopo, quàm beneficiato, vsufructuario, marito, emphyteuta, & in reliquis, si ob culpam contingat deterioratio.

CAPVT

CAPVT XII.

De feudatario vassallo expendente, vel meliorante rem dominicam.

Notabilia ex capite duodecimo.

valuasores, valuasini, infeudati, beneficiarij, & fideles.

38 *Bassæ Turcarum an à vassis dicti,* & num. 39. *qui propriè vassi, vassalli, qui valuassores, qui valuassini dicantur.*

40 *Applicatur Lalij Taurelij & Hothomani opinio,* & num. 41. *quod Hispaniæ Barones ferè regale habeant feudum ligium:* & num. 43. *quod sit feudum francum.*

44 *Feudum aliud nouum, aliud antiquum; & vtilitas distinctionis huius ad emphyteutam.*

45 *Feudum aliud rectum, aliud non rectum;* & num. 46. *feudum guardiæ, gastaldiæ, cameræ, cauenæ, & soldatæ quid.*

47 *Quantùm liceat argumentari ab vsufructuario ad feudatarium.*

48 *Feudatarius sicuti vsufructuarius rem feudalem conseruat, tuetur & defendit, ne res deterior fiat.*

49 *Si rem dominicam deteriorauerit, an priuandus veniat feudo, sicuti vsufructuarius.*

50 *Et quod ad priuationem interpellatio necessaria sit in vassallo.*

51 *Deterioratio ad priuationem feudi qualis esse debeat, ex Molinæo, & Iulio Claro, qui mutuò non dissident in hoc.*

52 *Quodque in hoc plurimùm valeat prudentis iudicis arbitrium.*

53 *Domini Hispani habentes castra, tenentur ea reparare suis sumptibus.*

54 *Qualis culpa requiratur in vassallo non reparante & deteriorante.*

55 *Vassallus qui iurisdictione, quam habet, abutitur, eadem priuatur.*

56 *Negligentia vassalli, vel iudicis inferioris in administratione iustitiæ, operatur recuperationem ipsius Regi, & eius iudicibus.*

57 *Rex Hispaniæ solus fundat intentionem in iurisdictione in Hispania, & concurrit cum inferioribus:* & num. 58. *delirare eos qui Regi nostro solum gradum appellationis relinquunt.*

59 *Hæc negligentia iudicis inferioris in hoc Galleco Prætorio quomodo intelligitur.*

60 *Dominus etiam feudi ex hac causa priuatur proprietate feudi.*

61 *Quæ, qualis, quantaque iniustitia requiratur, officio iudicis relinquitur.*

62 *Feudatarius ad onera & tributa quoque, sicuti fructuarius tenetur.*

63 *Expendit etiam vassallus nomine collectarum & talearam quæ imponuntur.*

64 *Comites, Duces, Marchiones, & Capitanei superiorem recognoscentes, non possunt imponere collectas & taleas,* & num. 65. *quod hoc sit limitatum iure nostro ad quantitatem trium millium marapetinorum.*

66 *Parochiani exigentes aliquam quantitatem inter se ad comparandas vestes sacras & vasa, non videntur imponere collectas.*

67 *Respublica potest compellere ciues suos, vt otiosam pecuniam mutuent ad necessitates publicas subleuandas.*

68 *Vbi verè collecta imponitur, iure nostro non sufficit consensus ciuium.*

69 *Vassalli & feudatarij, emphyteutæque Ecclesiæ subeunt collectas impositas à domino nostro Rege.*

70 *Mutata qualitate personæ fit bonorum quoque & qualitatis ipsorum mutatio, & infertur ad quotidianam quæstionem in hoc Prætorio Galleco.*

71 *Expendit vassallus reparando, soluendo tributa, onera, & collectas, non admissa distinctione magnæ vel paruæ quantitatis.*

72 *Expendit etiam nomine alimentorum alendo dominum esurientem.*

73 *Donatarius donatorem suum esurientem alere qualiter quantúmque teneatur.*

74 *Benefacere benefacientibus naturalis quædam æquitas est.*

75 *Feudum quoque emitur, & dicitur feudum emptum, & vassallus emens feudum non tenetur alere.*

76 *Vassallus tenetur alere filium domini emortui, sicuti ipsum dominum, contra Molinæum.*

77 *Expendere vassallus an teneatur pro domino incarcerato, vt ipsum liberet.*

78 *Vassallus an incidere possit arbores frugiferas.*

79 *Euertere domos, & incidere arbores frugiferas, idem ius est.*

80 *Excisio arborum generaliter fructuario, marito, emphyteutæ, vassallo, fideicommissario, possessori maioratus, & conductori ad longum tempus prohibita est.*

81 *Circa arbores frugiferas excidendas plurimùm tribuitur consuetudini loci, qualitati, & arborum naturæ, ad euitationem pœnæ.*

82 *Expendit vassallus, quia suis sumptibus sequitur dominum bellantem, & & valuasores comitantur Regem Romanorum suis expensis: item & valuasini valuasores suos.*

83 *Expendit etiam feudatarius, si feudum hæreditarium sit, quid si ex prouidentia, quid ad emphyteusin.*

84 *Meliorationes factas à vassallo in feudo, finito feudo, per generationem, vel aliter Domino an acquirantur, vel vassallo: agitur de §.* si vassallus, *hic finitur lex, & incipiunt consuetudines; & quod verius sit domino acquiri.*

Ost eam, quam de vsufructuario instituimus disputationem, constituta recuperatione meliorationis, & expensarum, traditáque ratione omnium quæ expendit circa res, quas vtendas, fruendásque suscipit; item & demonstratâ Iureconsultorum sententiâ circa damna & deteriorationes, quæ negligentiâ ipsius contingunt in his rebus quæ sibi fruendæ traduntur, quoniam pleráque ex illis trahuntur ad vassallum, emphyteutam, maritum, & conductorem, de his quoque nonnihil agendum est, priúsque de vsufructuario disputandum fuit, vt quæ illis cum eo communia inuenirentur, præmonstrata esse intelligantur. Inter hos 1
verò vassallus vel feudatarius primum locum obtinuit, qui initio eius iuris, quod nos feudorum vocamus, nihil ferè ab vsufructuario separabatur. Initio enim consuetudinum feudalium feuda in sui primæua origine erant momentanea, neque nisi ad tempus concedebantur; immò si verum amamus, personalia erant, sicuti & ipsum ius fruendi, quod cum persona extinguitur, nec aliquod ius dominij, nec vtilis, nec directi transferebatur in vassallum, sed ipsa commoditas duntaxat, quam vsusfructus quoque nomine intelligimus: quæ commoditas sicuti in vsufructuario animaduertimus, morte finiebatur, ob eámque causam neque ad hæredes suos, legitimos vel extraneos, feudalis illa commoditas transibat, *cap. vno, in quibus causis feudum amittatur, §. in*

primis, *versic. huius autem generis*, ibi: *Ita datur alicui, vt proprietas quidem rei immobilis beneficiatæ penes dantem remaneat, vsusfructus verò illius rei ita ad accipientem transeat, vt ad eum hærédésque suos, masculos siue fœminas* (si de his nominatim dictum sit) *in perpetuum pertineat.* Postea verò sensim receptum fuit, vt ad filios & nepotes ex eis tantùm extenderetur, deinde ad descendentes masculos, primùm vsque ad quartum, postremò vsque ad septimum gradum, & nouissimo iure vsque in infinitum & perpetuò protraheretur, *cap. vno*, *§. hoc quoque*, *de feudi successione*, ibi, *& olim obseruabatur vsque ad quartum gradum.* Tamen secundùm quosdam hoc ideo, quia posteà non vocatur feudum paternum: alij autem dicunt vsque ad septimum gradum, posteà verò alia natio & gens aliam consuetudinem recepit; vnde hæc iura consuetudines quoque nuncupari consueuerunt: qui locus suo iure proprio id exigit, vt de primordio feudorum nonnihil attingendum sit; quod quidem, vt meipsum lectionis varietate recreem, eos enim excessus non poscebat institutum nostrum, non grauatè quidem faciam; video enim præclarissima ingenia in diuersas sectas abeuntia, quod quidem rei difficultatem satis ostendit: tum etiam quia iucundus labor est, antiquitatem rerum indagasse, quam licèt non assequaris dum aliorum scripta in vnum colligis, optimè de studiosis commeritus videri poteris, quibus doctissimorum sententias proposueris, vt ex his liceat sibi, quam eruditiorem esse iudicarint, amplecti; nec enim hæc doctis reiicienda sunt, quæ passim in priuatas disputationes incidunt: quorum si imperitus sis, quamuis ad forum parum pertineant, indoctior tamen iudicareris: nec nostra hæc ætas pragmaticos accipit, aut probat, qui vllam iuris partem à se sequestrent, & alienam iudicent. Omnia decent Aduo-
2 catum, & causarum patronum; quem si ex Cicerone definire velimus, eum esse dicemus, cuius domus oraculum est ciuitatis, cuique ex hac causa ignorare nihil liceat, vt animaduertant quam prouinciam suscipiant, qui Aduocati munus insolenter sibi ambiunt.

Guillelmus igitur Budæus, vel suis duntaxat *de asse & partibus eius*, editis
3 commentariis posteritati illustris, *in l. Herennius*, *ff. de exactionibus*, ad priscorum Romanorum institutum Feudalia hæc iura refert, apud quos iam inde à Romuleis temporibus, patronorum, & clientum institutæ noscuntur necessitudines, quæ initium habuere ex Dionysio Halicarnasseo *libr.* 2. quem adducit Vldricus Zazius, secundus post Budæum, licèt ipsum non referat: existimo, quia nondum ad manus eius peruenerat, alioqui vir ingenuè eruditus virum eruditissimum non dedignaretur habere socium, & comitem excogitatæ quoque à se sententiæ, quamuis eo nomine non obscurè reprehendatur à Carolo Molinæo *in principio*, *in consuetudinibus Parisiensib. num.* 12. *& seq.* dum eum tamen variè laudat: Romanæ igitur clientelæ initium fuit fauor egentium; permissum enim fuit plebi Romanæ, quem sibi vellent ex Patriciis in patronum eligere, vt his fortunarum suarum defensoribus iniuriam potentiorum propulsarent, suscepto pro his à Patriciis apud iudices patrocinio. Officium patronorum apud Romanos omnibus suis coloribus depictum
4 extat hodie apud Plautum Comicum, & veterem Poëtam, qui quoniam elegans locus est, huc transferri non iniquum duxerit, qui Romanæ clientelæ exemplum

exemplum desiderauit, non reperturus apud hos, qui ad eam iura hæc dominicalia contrahunt. Menchemus igitur surreptus apud Plautum *in Menchemis*, *act.4. scen.2.* seipsum excusans quòd citiùs ad amicam redire non potuisset, patronorum & clientum munera ea ætate recepta ita proponit:

At hoc viuitur more, morum molesto maxume omnium,
Atque vti quique optimi sunt maxumi, morem hunc habent,
Clienteis sibi omnes volunt esse multos, bonine, mali sient,
Id haud quæritant, res quæritur magis, quàm clientum fides,
Quoiusmodi cluat, si pauper est, atque haud malus,
Nequam habetur; sin diues malus est, habetur is cliens
Frugi, qui neque leges, neque æquum, neque bonum vsquam colunt.
Solicitos patronos habent, datum denegant, quod datum est,
Litium pleni, rapaces, fraudulenti sunt viri,
Qui aut fœnore, aut periuriis paratam rem habent:
Mens in querelis; iuris vbi dicitur dies, simul
Patronis dicitur; quippe qui pro illis quæ malè fecerint
Loquantur; aut ad populum, aut in iure, aut res est ad iudicem,
Sicut me hodie solicitum quidam habuit cliens,
Neque quod voluit agere, quicquam licitum est, ita me adtinuit,
Ita detinuit apud ædiles prælius factis plurimis
Pessumisque, dixi causam, conditiones retuli
Tortas, confragosas, plus minùs opus quàm erat, multò dixeram
Controuersiam vt sponsio fieret: quid ille? prædam dedit,
Nec magis ego manifesto teneri hominem vnquam vidi
Omnibus malè factis, testes tres aderant accerrumi,
Dij illum omnes perdant, ita mihi hunc hodie corrupit diem,
Meque adeo, qui hodie forum oculis vnquam inspexi meis.

Veteranus quidam cùm vocatus in ius periclitaretur (refertur inter Octauij Augusti apophthegmata) adiit in publico Augustum, rogans vt sibi in iudicio adesse vellet: Augustus ex comitatu suo selectum illico dedit, eique litigatorem commendauit; miles vociferans, inquit, An non ego, Cæsar, periclitante te Actiaco bello vicarium quæsiui? sed pro te ipse pugnaui; simulque detexit cicatrices. Erubuit Cæsar, atque ipsemet descendit ad patrocinium, veritus ne non modò superbus, verùm etiam ingratus videretur. Hæc fuerunt priscis illis seculis officia patronorum erga clientes; hæc patronorum primordia, sanctissima illa tunc quidem cùm orta sunt, & Reipublicæ saluberrima, plena omni officiorum genere, & pietate maxima: procedente deinde tempore, ad multiplicandas lites, iurgia, & iniurias apta; patroni namque quos clientes defendendos susceperant, quoniam ad dignitatem suam pertinere videbatur, vnde vtilitas quoque pullulabat si in causis controuersis victores euaderent, contra fas & ius, æqui & pariter iniqui despecta ratione tuebantur & defendebant, conditiones dum referunt, vt inquit Plautus, tortas, confragosas, plus minùs opus quàm erat, multa dicendo; quod hodie vtinam de Aduocatis & forensibus patronis veriùs dici non posset, quàm antiquitus de patronis Romanis à Plauto est scriptum: inde fiebat vt quò quisque in Republica

blica clarior erat, & rerum à se gestarum gloriâ illustrior, cuius authoritas
apud iudices maxima esset, eò sibi plures in clientes sese dederent. Appius
Claudius, à quo Appiorum familia processit, à Sabinis cùm Romam cum
fortunis suis sese transferret, cum quinque millibus clientum migrasse tradi-
tur: hi verò clientes patronis suis obsequebantur, operas præstabant, & pe-
cuniam cùm opus erat, præsertim si filia nuberet, filiusve vxorem duceret, à
quibus ad libertos quoque hoc obsequij genus deriuatum posteà adaucta vrbe
fuit, exortis bellis, & finitimis quibusque deuictis, seruisque iure belli effe-
ctis, libertateque donatis. Vnde hi clientes quasi patronis familiares, cum
5 hospitibus, libertis & familiaribus coniunguntur. Paul. *in l. sed & clientes, 3.*
iuncta l. 2. Digest. de vsu & habitatione: qui proculdubio ad hanc clientelæ ne-
cessitudinem respexit antiquam: idem fecit Vlpianus *in l. si verò plures, 5. Di-*
gestis de his qui eiecerunt, vel effuderunt, eandem secutus rationem, quòd hi
familiares sint & domestici, addicti obsequio patronorum: idem Vlpian. cum
amicis, & rursum cum libertis comparat *in l. qui penum, versic. sed quod dixi-*
mus, Digestis de penu legat. ibi, *Vsus sui causâ paratum accipiendum erit, &*
amicorum eius, & clientum, & vniuersorum quos circa se habet. Proculus quo-
que verus Iureconsultus clientum conditionem satis explicuit *in l. non dubi-*
to, 7. Digestis de captiuis & postlimin. reuers. Et quemadmodum, inquit, clien-
tes nostros intelligimus liberos esse, etiamsi neque authoritate, neque dignitate, ne-
que iure omni nobis pares sint. Vnde & Imperator Gordianus ab hoc obsequio
à cliente patrono debito, nomine ipso iam ea ætate translato latiùs ad debi-
torem, pro ipso debitore accipit *in l. 3. ad fin. Cod. de nouationibus.* Inde quo-
que iure nouiori, & ex eadem translatione nomine clientum litigatores in-
telligimus, sicuti & patroni postulatorem Aduocatum; quam verborum no-
tionem vsus hodie magis obtinuit. Iustinianus Imperator *in l. rem nouam, 12.*
Cod. de iudiciis, Iuramentum, inquit, *præstent patroni*, id est Aduocati, defen-
sores; *quod omni quidem virtute sua, omnique ope, quod verum & iustum existi-*
mauerint, clientibus suis inferre procurabunt. Hæc sunt in omnibus quinqua-
ginta Pandectarum libris, & in nouis Iustiniani Codicis constitutionibus,
veterum Iureconsultorum, & Imperatorum responsa, in quibus de clientibus
mentio fiat, sex numero: quatuor priora propriè nomen hoc accipiunt; duo
posteriora transferunt à propria significatione ad translatam, pro debitore &
litigatore: omnia autem descendunt ex antiqua illa & Romulea clientela,
quam à Græcis Romulus quoque accepit ex eodem Halicarnasseo, *dict. l. Guil-*
lelmus. Igitur Budæus iura hæc feudalia, & dominicalia iura, inter domi-
num & vassallum ad hanc Romanam clientelam referebat, Vldricus Zazius,
qui Budæum non vidit, *in l. 2. de origine iuris*, in glos. *verbo curias*, à Roma-
nis ad reliquas gentes eam extendit, ita vt credere par sit, ab hoc veluti fonte
dimanasse Francorum consuetudines, & vassallorum obsequia, quæ sint ve-
luti simulachra antiquæ clientelæ; quo enim tempore, inquit, Romani vi-
ctricia vbique terrarum signa circumtulissent, multi eorum remansisse in pro-
uinciis creduntur, pars præsidio, pars agri vbertate capti; denique dum co-
loniæ diuiderentur, bona Romanorum pars eò loci commigrarunt, quibus
cùm multum agri, multùm fundorum esset, ne pro Romano more carerent
clientibus,

clientibus, verisimile est incolas terræ in suum inuitasse patrocinium, suosque eis fundos (prout cuiusque erat conditio) in beneficium distribuisse; tractu tamen temporis, quod omnia variat, clientelarum nomine commutato feuda à fœdere forsitan, curiasque dominicales nominari cœptas, vt qui clarioribus essent natalibus, feuda, alij ex vulgo curias haberent dominicales, constitutis certis iuribus, quæ dominos, quæ clientes (quos vassallos vocant) respicerent, quorum aliqua consuetudine, vt in feudis; aliqua pactis, vt in curiis, constare dignoscuntur. Hæc est Zazij coniectura de feudorum origine; hanc Zazij coniecturam de vassallis sequitur Claudius Cantiuncula, *in suis Topicis legalibus, in loco à feudo ad emphyteusin.* Ipsa quidem Zazij coniectura, Budæi & Claudij, plena quidem est eruditione, & ipsa rerum antiquitate, optimo cuique ingenio, & egregiè erudito, non solùm æqui bonique consulenda, sed maximi facienda; agrestis enim & inculti, immò planè rustici ingenij est alterius operam & laborem in re præsertim præclara despicere: aliorum enim stultitiâ frui, cùm iucundum sit; labore alieno frui non potest non esse & vtilissimum, & iucundissimum. Ex multis tamen illa coniectura reiicitur, quorum multa Carolus Molineus *in principio ad consuetudines Parisienses, num.* 12. Illa tamen fortiora sunt, quod necessitudines illæ clientelares institutæ videri possunt in commodum & vtilitatem pauperum, & 6
eorum quorum authoritas in republica minùs valebat, quàm patroni, quam sibi adesse cupiebant; feudisticæ verò leges, Reges, & Imperatores, authoritate, diuitiis, armis, nobilitatéque excellentiores, si ad Dominos conferantur, in clientes & vassallos accipiunt, & iure constituto admittunt. Præterea illæ clientelæ, obsequia & seruitia, aut rectiùs dicas officia sua, in otio, pace, & in medio foro exigebant, vbi lis agenda erat, & de causa cognoscendum. Feudalis illa officiorum necessitas rei militaris est, siue bellum publicè, siue priuatim ineatur, nulla est harum societatum similitudo, separationes multæ; nulla illæ clientelæ exigebant bona soli, hæc sine bonis communicandis constare non possunt, quorum dominium inter dominum & vassallum communicatione quadam commune, ius quoddam maius & minus efficiat, necessaria enim est rei immobilis inuestitura, vt feudum insurgat, *cap. vnic. quibus modis feudum constitui potest, cap. vn. in fin. in quib. caus. feudum amittat.* In illis nullæ dissolutionis causæ desiderabantur; in his dissolutio inuestituræ necessaria est, & eius renouatio, quæ sit prima causa beneficij amittendi, in principio. Denique illic vtrinque & patrocinij & obsequij fides ad omnia in personis, in rebus, & negotiis vniuersis, controuersiisque causarum officium extendebat; hîc verò fides, obsequium, & seruitium ad rem dominicalem contrahitur, in cæteris relaxata obligatione seruitij & obsequij. Post illos tres nullus fuit qui ad clientum Romanorum vetus institutum consuetudines feudales referret, quoniam longiùs peritæ videbantur à re planè longè dissimili, & omni ratione separata. Itaque hæc sententia post hæc relicta est à suis authoribus, reliquis omnibus, qui secuti sunt, in diuersas sententias abeuntibus. Carolus Molineus *vbi suprà*, à pragmaticis non recedit, nec la- 7
tum quidem vnguem; illud mordicus conatus defendere, quod communi sententiâ receptum erat, scilicet feudum, vassallos, & eorum iura non proces-

fisse à iure vllo Romano, nec à Romanis legibus, a it Romuleis institutis, sed à iure quodam consuetudinario, & quorundam moribus fuisse introdu-
8 ctum; atque hanc esse veritatem, idque *num.* 7. quod scilicet in toto iure Romano non reperiatur verbum *vassallus*, sed neque in Pandectis, nec in duodecim libris Codicis, nec in libris Institutionum, nec in Nouellis constitutionibus, quas authenticas vocamus: ita tenuerat Andreas Iscrnia *in proœmio feudorum, quæst.* 14. idem notarant Iacobin. & Aluarot. *in proœmio feudorum, quæst.* 7. & *in titul. de contentione inuestituræ inter dominum & vassallum, de inuestitura feudi, notabili* 4. Odofredus, Nicolaus de Neapolis *ibidem:* & hæc sententia fuerat vna & concors omnium Scribentium ad tempora vsque Budæi, & Zazij, atque eos secuti Claudij Cantiunculæ: ipseque Carol. Molin. *à num.* 15. prolixa quadam temporum inquisitione quærit tempora quibus primùm hæ ipsæ consuetudines in leges abierint; vnde autem illæ consuetudines receptæ sint, ne verbum. Præterea quod *num.* 19. atque alibi sæpe refert, Hispanos vicisse Carolum Magnum, eisdemque vi captis, & bello victis, dominatum fuisse, victa, & captâ Hispaniâ, dominioque Caroli cognomento Magni subiectâ, sine teste, sine testimonio, sine authore est. Egre-
9 giè quidem ille effutire solitus est, in hoc verò insanit apertè: nunquam festiuus ille vir Hispanos pueros audiuit cantilenis suis Gallorum internecionem recolentes ad Pyrenæas angustias, vulgo en *Ronces Valles*, vbi inglorius Carolus in Galliam aufugit amisso exercitu cæterarum gentium domitore, & duodecim illis nobilissimis Ducibus, quos vulgus Franciæ Pares vocat, mise-
10 rè interfectis. Scio fore Hispanas Historias viro Gallo suspectas: vt autem legitimo testimonio agamus, adest Donatus Aciajolus, vir Gallus, in vita Caroli Magni à se non ineleganter conscripta, qui deuictis Longobardis à Carolo & Desiderio vltimo, & postremò Longobardorum Rege capto cum vxore, & filiis, & fortunis omnibus; liberataque Italia, quæ tot seculis Barbarorum potentiâ oppressa turpiter iacuerat, atque in Saxones translato bello, hisque subactis, ad Hispanos oculos coniecisse Carolum ait, belli verò euentum his verbis narrat. [Cum verò ea tempestate Barbaræ gentes quæ nostræ religioni perpetuum bellum indixerant, Hispaniam graui seruitute oppressam tenerent, Carolus rei indignitate commotus, ad eam liberandam mentem conuertit; id autem fieri posse arbitrabatur, si ingenti celeritate exercitu in Hispaniam traducto, priùs hostes opprimeret, quàm illi parare subsidia possent. Ad hanc igitur rem aggrediendam satis iam omnibus comparatis castra mouet, & quammaximis potest itineribus in Hispaniam transire contendit: nec iam miles grauatè sequebatur, quòd iam diu in animum induxerat, quocunque à Rege Carolo duceretur, belli præmium, exploratamque victoriam duci. Inter hæc ciuitates Hispaniæ, quæ propinquiores erant finibus Galliæ, incertis rumoribus excitatæ, aliquantulo sibi, suisque Regibus timere inceperant. Postquam verò per Pyrenæum saltum traductus exercitus est, rumorque per barbaros manauit de aduentu Francorum certior, ingens repente trepidatio populos omnes inuasit, non satis gnaros, quid aduersus tantum, tamque horrendum hostem sibi agendum aut parandum foret. Carolus confestim superatis Pyrenæi iugis, cùm in fines hostium peruenisset, militibus imperat, vt quam-

latissimè

latissimè possint, vagentur, & quammaximum hostibus terrorem inferant. Extemplò ciuitates nonnullæ, cum ad petenda externa auxilia non sufficeret tempus, nec propriis præsidiis res suas tueri possent, sponte deditionem faciunt, Augusta, & Pampilonia, duæ opulentissimæ totius Hispaniæ vrbes, quæ mandata Caroli aspernabantur, vi captæ, & prædæ militibus datæ: cùm alteram Franci ad solum euertissent, alteram mœnibus nudassent, tantùm terroris omnibus gentibus iniecere, vt quas adissent, quasque non adissent pariter vltimæ propinquis imperio parêrent. Sic igitur Hispania ferè omnis in Francorum potestatem deuenit; victis præcipuè impiis, vt falsis relictis diis, Christianæ fidei legem acciperent. Carolus rebus felicissimè gestis, cùm incolumen exercitum in Galliam reduceret, prope Pyrenæi iuga, in finitimarum gentium, quas nunc Vascones vocant, insidias incidit. Insederant enim barbari in occultioribus locis expectantes occasionem gerendæ rei: vbi verò Francorum copias in angustiorem viam deductas viderunt, repente ex iugo insuper imminente nouissimum agmen adorti, ingentem cædem stragemque dedere. Nam Franci cùm neque inuadere possent iugum à Vasconibus occupatum, neque se explicare, suometipso agmine in arcto hærente, simul ab hostibus, simul ab iniquitate locorum oppugnabantur; nec iam primi in tam angustis locis ita celeriter vertere aciem poterant, vt vltimis in extremo periculo constitutis opem in tempore, ac subsidium ferrent. Itaque etsi animo, viribusque longè superiores hostibus forent, alienis tamen locis pugnantes vitare non potuerunt, quin eo die insignem cladem acciperent. Cecidere in ea pugna dolo hostium, non virtute commissâ, Anselmus, & Egibardus, summi in bello Duces, aliique permulti fortissimi viri, quorum operâ Carolus sæpè in maximis certaminibus egregiâ vsus erat: sunt etiam qui 11
Rolandum Caroli ex sorore nepotem, præstantem fortitudine virum post ingentem hostium editam cædem eo prælio interiisse dicant.] Hactenus Donatus, qui etiamsi neque belli causas veras attigerit, neque verè bellum quo ordine gestum fuerit, narrauerit; victoriam tamen Caroli, quam in Galliam reuersus reportauit, ab Hispanis tacere non potuit, nec vnquam feliciùs cum Hispanis Galli decertarunt: quo tempore ergo consuetudines Francorum de vassallis in leges abirent, vel ex his legibus perspicuum est: vnde autem hæ consuetudines emanarint, inuestigamus; id quærunt ingenia præclara, quæ vestigia apud antiquiores reperiantur eius consuetudinis, vnde ipsa dimanare potuerit, & dominicalia iura initium accepisse dici possunt, de quibus nihil Molineus: nec multùm periculi hodie est, si rem à Molineo fictam sine authore eidem concedamus, quoniam Rex Philippus II. auspicatissimus, Caroli Augusti, & Imperatoris maximi filius, Philippi nepos, qui Hispanam ditionem felicissimè tenet, à Carolo Magno genus ducat: quem etiamsi Hispa- 12
nis dominatum fateamur (quod fateri quidem historiæ veræ non patiuntur,) bene tamen cum Hispanis cœli beneficio singulari actum est, vt victores suos Reges haberent: atque adeo vt genus ipsum ducamus ad Philippum nostrum, illud constituendum est, Carolum cognomento Magnum habuisse ex pluribus vxoribus filios tres, totidemque filias; Carolum maiorem natu, Pepinum maiori proximum, quem viuens adhuc pater rebus citerioris Galliæ,

hoc est Flandriæ, & Burgundiæ præfecerat: habuit etiam Ludouicum natu minimum, quem Galliæ Aquitanicæ, vulgò Francia, & imperio fecit successorem, obiens 5. Kalend. Februarij, anno Domini 815. Aquisgrani: Pepino successit Begga, Beggæ Pepinus secundus, huic Carolus Martellus, deinde Pepinus tertius, tum Carolus cognomento item Magnus, deinde Ludouicus Magni filius, postea Godefredus Barbatus, eidem Godefredus Barbati filius, huic Godefredus tertius, hunc secutus est Henricus tertij Godefredi filius, post hunc Henricus secundus primi filius, inde Henricus tertius secundi filius, postea Ioannes Henrici tertij filius, tum Ioannes secundus superioris filius, huic Ioannes tertius secundi filius, demùm Vvenselaus Ioannis Bohemiæ Regis filius, Antonius quoque Philippi Burgundiæ Principis filius, tum Ioannes Antonij filius, conditor scholæ Louaniensis, primus ex hoc Philippus Ioannis frater, tum Philippus Burgundiæ Dux, Carolus deinde Philippi filius, Maria Caroli vnica filia, Maximilianus Mariæ superioris maritus, Philippus Maximiliani filius, Carolus Philippi Regis Hispaniæ quoque Cæsar Augustus, Philippi nostri Regis Potentissimi parens, quorum omnium res gestas Hadrianus Barlandus scribit, dum Brabantiæ Ducum historiam contexit. Non igitur erat nobis aliena laus, si Hispani à Carolo victi essent, sed rei gestæ series & ordo non patiatur Molineum impunè abiisse; redeo ad nostrum propositum: Lucas de Peña *in l. quicumque, Cod. de omni agro deserto, lib.* 11. asserebat contractum feudalem fuisse tempore Iustiniani, adducto ad hoc §. *per traditionem, Instit. de rerum diuis.* exponens verbum *stipendiaria*, de prædiis datis militibus, vt ex eorum fructibus viuerent, stipendiorum nomine, vtque Reipublicæ seruiant absque aliis stipendiis; & ita intelligit dictum §. *per traditionem*: deinde ait, ea fuisse prædia data militibus veteranis in præmium emeritæ militiæ, vt *in l. Lucius, ff. de euictionib. l. sed etsi, ff. de rei vendic.* sed reuera Lucas decipitur dum existimat prædia data fuisse in feudum, atque eo nomine reprehenditur à Molineo vbi suprà *num.* 4. *&* 5. Lucas tamen inquirit originem feudorum, & consuetudinis, quæ sibi non ineptè videri potuit dimanasse ab illis largitionibus prædiorum, quæ fiebant militibus, vt bello adessent cùm opus esset; nam ad agros veteranis assignatos in præmium emeritæ militiæ referri certè non possunt iura feudalia, quæ plerumque propter militiam futuram constituuntur, non in præmium expletæ militiæ, quod ferè tenuit Sonsbec. 1. *part. num.* 31. ad vsus feudales. Indagabat etiam originem feudorum Franciscus Connanus *commentar. iuris lib.* 2. *cap.* 9. *num.* 5. qui existimat feudorum mores venisse à Gallis ad Germanos, Italos, & Hispanos, & alios Europæ populos, ex Cæsare *lib.* 3. *de bello Gallico*, vbi de Gallis ita inquit, qui opibus inter eos valerent, multos habuisse deuotos, quos secum in bellum ducerent, soldurios sua lingua vocatos, quorum hæc erat conditio, vt omnibus in vita commodis vnà cum his fruerentur, quorum se amicitiæ dedidissent; quod si quid his per vim accidisset, aut eundem casum ferrent ipsi, aut mortem sibi consciscerent. Hactenus Cæsar: solduriorum autem nomen à solda, hoc est à soldata dictum existimat, quod, vt ego suspicor, Gallicum vetus verbum est, aut Germanicum, significatque stipendium; Sold enim Germani stipendum vocant. Abbas Vrsperg.

Margin numbers: 13 (beside "douicus Magni filius"), 14 (beside "deserto, lib. 11."), 15 (beside "nos, Italos").

Vrſperg. de Phi. ppo Imperatote ita inquit,quod cùm non haberet pecunias, quibus ſalaria, ſiue ſolda præberet militibus, primus cœpit diſtrahere prædia, quæ pater ſuus acquiſierat. Alij verò nomen hoc *ſoldata*, deducunt à ſolidis, 16
quibus fiebat numeratio & ſolutio ſoldatæ: *quis dicatur Dux, Marchio, Comes,* §. *ſoldata.* Soldata, inquit, eſt præſtatio quædam annua gratuita, quæ à neutra parte tranſit in hæredem; morte enim dantis vel accipientis interueniente finitur, & dicitur ſoldata, quia plerumque in ſolidorum donatione conſiſtit, quandoque autem in vino & annona conſiſtit; hinc ſolidarij milites, id eſt ſolidis, & ſolda, nempe ſoldata conducti, propriùs ſtipendiarij milites dicti ſunt: vocat Cæſar *in Commentariis*, recepto patrio nomine, ſoldurios, *lib.* 3. at Cantuanus inquit cum ſexcentis deuotis, quos illi ſoldurios appellant, quorum hæc eſt conditio, &c. A quo non ineptè ſoldati nomen deriuatum eſt, apud Hiſpanos quoque, ſicuti apud Gallos fuerunt deuoti quidam, qui ſe in cuſtodiam dabant Duci, & Imperatori, qui eos duceret, & pro eis pugnaret, bellaque patria conficeret; elegans exemplum apud Plutarchum in vita Sertorij; mira enim deuotione ſibi Hiſpanorum coniunxit animos, pro quibus ſæpiùs feliciſſimè pugnauit. Sed & in his ſeparatio eſt. Erat enim fortuna communis in dominis & vaſſallis; fortuna inæqualis eſt, nec video proprios & certos agros illis aſſignatos, ſicuti in feudis perſpicimus. Inuenit igitur Franciſcus Connanus vir doctiſſimus elegantem originem, vel ab ipſis Gallis repertam, cui iura hæc feudiſtica referret, quod quidem (quod de Zazio, & Budæo diximus) laude digniſſimum eſt. Cæterùm non poſſunt ex 17
æquo conuenire, immò diſſident, & ſeparantur apertè: egregia enim illa fides ſolduriorum, vt patrono mortuo ſibi mortem adſciſcerent, ferina eſt, & longè ab æquo & iuſto aliena: quæ ſi cuiquam placeat, neceſſe eſt diſpliceant ſanctiſſima iura, quæ vetant in ſe ſuas quemque coniicere manus: barbarorum illa conſuetudo erat, valeant illi cum ſua barbara conſuetudine, nos mitiora & magis pia delectent inſtituta, nec nobis illa iuris dominicalis origo ſit.

Sequitur Lælij Taurelli, viri doctiſſimi & eloquentiſſimi opinio non ine- 18
legans, in libello ſuo, quem de militiis inſcripſit: is refert hæc feudiſtica iura ad agros Imperij extremos, quos ſolebant militibus Imperatores aſſignare, ídque adſtruit ex Lampridio in vita Alexand. Sola, inquit, quæ de hoſtibus capta ſunt, limitaneis Ducibus, aut Nobilibus donauit, ita vt eorum eſſent, ſi hæredes eorum militarent, nec vnquam ad priuatos pertinerent, dicens attentiùs militaturos, ſi etiam ſua rura defenderent. Hæc Lampridius, nec pertinet hæc aſſignatio ad agros illos, de quibus proximè egimus, qui militibus diuidebantur in præmium emeritæ militiæ, de quibus Suetonius quoque in Iulio: Aſſignauit & agros veteranis militibus, ſed non continuos, ne quis poſſeſſorum expelleretur. Iſti enim dabantur, vt miles quieſceret, & in otio acturus haberet paratas epulas; illi dabantur, vt in limitibus Imperij miles ſeipſum alens, agrumque ſuum ab incurſionibus militum defendendo, Imperij quoque fines tueretur: atque hi ſunt fundi & agri limitrophi, de quibus libro vndecimo in Codice Iuſtinianeo mentio fit, editis legibus, quas ex Lampridio in Alexandro intelligere poteris: hancque largitionem animaduerti- 19

mus familiarem fuisse Regibus Hispanis antiquioribus, qui pleraque capta ab hostibus militibus dabant, vocabantque *Frontera*, quòd è regione, & è fronte hostes haberent, de quibus quoque inferiùs aliqua. Denique neque in his reperimus exactam similitudinem; namque militibus senio, & labore confectis, edentulis agri illi, & fundi præstabantur, vt seipsos pascerent, simulque agros & limites defenderent; at verò feuda plerumque iuuenibus neruosis, qui militare possint, & quò ducantur, domini possint & debeant subire obsequium, vbicumque bellum gerendum est: præterea nulla iura constituebantur inter ipsos & Imperatores, in feudis diuersum est. Nec desunt, qui existiment hæc iura referri oportere ad eam consuetudinem, quæ in prouinciis aliquot inoleuit, vt latrones, famosi, sceleratique viri, & qui crimen aliquod commiserint, in limitibus Imperij constituantur, remissâ acerbiori pœnâ; ita
20 tamen vt cum hostibus res sibi sit futura, quos deprædari fas illis sit, dum tamen à ciuibus abstineant: sed hæc indigniora sunt, & turpiora, quàm quibus referri possint iura constituta.

21 Nec rursum hæc iura referenda sunt ad colonos & inquilinos, quibus agri certi in perpetuum attributi sunt, ea conditione, vt cùm eos colant, certam eorum nomine pensionem præstent, nec dimittere eos possunt, nisi formâ legis obseruatâ, de qua aliàs egimus *suprà, cap.9. num.*51. de quibus *l.9. &* 18. *&* 19. *Cod. de agricol. & censit.* quia etiamsi vulgò & iure nostro vassalli dicantur; in his tamen vassallis nulla est mentio, neque necessitas belli ineundi & gerendi, nulla necessitas domini comitandi; præter censum enim & pensionem nihil aliud ab his exigit dominus, neque exigere potest, vt diximus. Itaque existimabimus illos censitos colonos persimiles vassallis de manso, quia apud iura hæc feudistica mansus, vel mansum, neque domus est, nec area, neque hortus, sed ager certi modi ac mensuræ, qui methetus ab antiquis dicebatur, quoniam in agrorum diuisionibus mensores adhibebantur,
22 qui & finitores à Cicerone dicuntur in Agraria oratione: quomodo autem diuiderentur, & quibus nominibus dicerentur, extat Iulij Frontini libellus non inelegans, nec parum difficilis: itaque iure feudorum curtis est in manso, nomine autem curtis intelligimus domum, ædificium, & sæpè pro toto territorio, *si de inuestitura feudi controuersia fuerit*, §. *similiter*, *versiculo*, *si quis*
23 *de manso*, ibi, *si dominus reseruauerit sibi aliquid in ipsa curte*; vbi curtis pro domo est, & ædificio. Aliquando mansus est fundus, qui duobus bobus ad laborandum sufficit, quod inde dictum existimat Zazius, quòd Germani dimensa prædia nominent *Mansmat*: Baldus verò à manendo dictum existimabat, quòd in eo manerent homines: curtis aliquando pro toto territorio sumitur, *de Capitaneo qui curiam vendidit*, §.1. quidam Capitaneus in quadam curte sua beneficium dedit. Hinc descendit verbum corte, & curiæ, vel curtis, & in legibus Bajoar, est titulus de eo qui scandalum in curia Regis commisit; & mox in textu legitur, *si quis in curte Ducis scandalum commiserit*; item, *nullus præsumat in curte Ducis scandalum committere.* Adducit Franciscus Hothomanus, *titulo de verbis feudalibus*, *verbo Curtis*, qui alia dicit. Hinc dicimus feudum in curte, dicimus & extra curtem, *quibus modis feudum amittatur*, §.*fin. versiculo item si quis*, quod si quis feudum habuerit in curte domini sui, non poterit ipsum

ſum feudum in aliqua parte libellario nomine alicui ſine conſenſu domini dare, vel pignori obligare: ſimiliter ſi extra curtem detinuerit, & dominus diſtrictum habuerit, vel alium honorem, ſi alienauerit ſine domini voluntate, iure ad dominum reuertitur. Denique dicitur, curtis, quaſi cohors. Cohors autem eſt apud Varronem *lib.* 4. *de lingua Latina*, quod in villa ex pluribus tectis coniungitur, & dicitur cohors, quòd in eum locum pecus coërceatur. Item & *de re ruſtica lib.* 1. *cap.* 13. *Cohortes in fundo magno*, inquit, *duæ aptiores; vna vt interius compluuium habeat lacum, vbi aqua ſaliat, qui intra ſtabulata cùm venit, ſit ſemipiſcina.* Et rurſus: *In cohorte exteriore lacum eſſe oportet, vbi maceretur lupinum.* Et rurſum: *Cohors exterior crebro operta ſtramentis.* Vnde dicimus cohortales aues, quæ ruri in villa aluntur, & ſaginantur: vnde Ouidius de vulpecula, *Abſtulerat multas illa cohortis aues*: & ſæpe in hac ſignificatione ſine h, reperitur, præſertim pro ſepto, vbi gallinæ, & reliquæ aues ſaginantur. Ita accipit Varro, & ſcribitur cors. Ab hac igitur corte ruſtica dicta eſt curtis à curte, ſeu corte Domini & Ducis: ab hac corte quoque dici cœpit locus ille vbi Rex eſt. In qua ſignificatione lex Hiſpana Partitæ frequentior eſt, *l.* 18. *tit.* 9. *partit.* 2. *Corte es llamado el lugar do es el Rey, e ſus vaſſallos, e ſus officiales.* Et rurſum ibi, *E tomo eſta palabra es nome del Latin, que dizen Cors, en que mueſtra tanto como ayuntamiento de compañas, ca alli ſe allegan todos aquellos que han de homrar, de guardar al Rey, e al reyno; e otroſi ha nome en Latin Curia, que quiere tanto dezir como lugar do es la cura de todos los fechos de la tierra.* Quæ omnia pertinent ad ea quæ diximus, quod cors, vel cohors domus ruſtica ſit: 24
inde dicta eſt curtis domus feudi, inde curtis Ducis, inde corte, quòd ad Ducem & Regem confluant vaſſalli; inde dicti Pares curiæ vel curtis, qui cauſas feudales dirimunt, etiamſi Dominus Didacus Couar. *practicarum qq. cap.* 4. *num.* 10. ad Curias Romanas referat nomen illud, quod modò non diſputo. Si igitur vaſſallus de manſo videbitur idem quod cenſitus, ſic neque ille ad feuda pertinet, quia præter canonem, liber ab obſequio belli eſt. Vaſſallus dicitur noſtro Hiſpano iure, qui & habet ſuum dominum, & colit domini manſum, & curtem, hoc eſt cortem, ſiue cohortem, id eſt domum vel ædificium factum in feudo, deſumpto nomine à ſeptis pecorum, quæ cohortes, vel cortes Latinè vocantur. idipſumque Galleci faciunt; nam pecudum ſepta cortes vocant condignè & propriè obſeruatâ vocis etymologiâ. In his autem vaſſallis deeſt & deſideratur fides illa ad bellum, propter quam feuda inſtituta videri poſſunt, *lib.* 1. *tit.* 1. *ad finem, in vſibus feudorum*, ibi, *niſi Romam cum illis in exercitum perrexerint.* Itaque hi vaſſalli ſunt terræ addicti; ita vt terrâ venditâ, ipſi quoque venditi cenſeantur, *l.* 2. *& l.* 7. *C. de agricol. & cenſitis*, nec puncto temporis à terra decedere ipſis licet, *l colonos* 14. *C. eod.* vaſſallorum verò genus, de quibus feudiſtica iura ſunt, ingenium eſt, & militare, & nomine militis vaſſallum feudiſticum intelligimus, eoque nomine ſignificantur vaſſalli feudiſtici, *ſi de feudo defuncti contentio ſit inter dominum & agnatos vaſſalli*, §. 1. *ſi de feudo defuncti militis ſit contentio inter dominum & agnatos*, & *de lege Conradi*, §. *ex eadem lege*, & clariùs *in* §. *ſimiliter*, ibi, *& ille qui accepit feudum, inueniatur miles*: propria enim & perpetua vaſſallorum conditio eſt, vt ſimul atque bellum indicitur, cum armis & equis militaribus præſtò ſint pa-

tronis

tronis suis. In his colonis & agricolis censitis licèt vocentur lege nostra Hispana vassalli, nullum huiusmodi est obsequium & seruitium, sed pensio duntaxat soluenda singulis annis.

25 Quâ arreptâ ansâ & occasione non desunt qui iura hæc feudalia referant ad colonos quosdam, quos antiqui sæpe armatos secum in bellum ducebant, eorumque operâ & auxilio vtebantur, quibus Domitius vsus est: Cæsar *de bello ciuili lib.*1. *c.*8. profectum inquit Domitium, ad occupandam Massiliam nauibus actuariis septem, quæ ex Sicilia, & Sardinia priuatis coactis seruis, liberisque colonis suis compleuerat: & rursum *cap.*22. certas sibi deposcit naues Domitius, atque has colonis pastoribus, quos secum adduxerat, complet. Item Sallustius in Catilinario, ipse cum libertis & colonis propter Aquilam adsistit. Sed neque hæc ad ius referenda videntur, sed ad factum, scilicet quia ita res postulat, vt colonos, seruos, libertos, denique familiam sæpe quis armet, vt sese, suosque tueatur: nulla tamen erat lex agri concessi, quæ ipsos in bellum cogeret, sed gratia, amicitia, & necessitudo, quâ Ducem suum prosequebantur.

26 Aliam ingressus est viam Franciscus Hothomanus in feudis, qui feudum Longobardicâ linguâ nihil aliud esse quàm beneficium ait, esséque familiarissimum Germanis asserit, vt quæcunque iura, commoda, beneficia liberalitate alicuius tribuuntur, ea generali vocabulo feuda Germani vocent, vt sicubi apud præclaros authores beneficij mentio sit, rectè à Germanis feudi nomine
27 significetur, & passim iura feudistica beneficij nomine feudum intelligunt, quod tertio quoque verbo reperies in legibus quæ de feudis scriptæ sunt, *de lege Conradi* §.1.2.3.4. *&* 5. & alibi sæpe de vassallo, qui contra constitutionem Lotharij, §. 1. & alibi sæpissimè hæc duo nomina, feudum & beneficium, pro eodem accipiuntur. Longobardicâ namque linguâ feudum beneficium est: siue enim honos, aut dignitas, siue prædia vrbana vel rustica, siue vrbs, siue Ducatus Marchiæ, Comitatus, vel Regna, denique siue Imperium conferatur, Longobardi, & hos secuti Germani, hæc omnia beneficia vocabant, & feuda, ad quod adducit Franciscus Hothomanus exemplum ex Othone Frigingensi Episcopo. Ioanne Abb. Vrspergensi, Ioanne Abb. Tritemio, Nauclero, & post hos ex Radeuico *in lib.*1. *cap.*9. quod exemplum in eo totum versatur, quod beneficium feudum sit, acceptâ propriè nominis significatione. Adrianus Papa Imperatorem Federicum Ænobarbum Romæ
28 coronauit, eidemque Româ profecto ita scripsit: *Debes enim ante oculos mentis reducere, quàm grat anter alio anno mater tua Romana Ecclesia te suscepit, nec tamen pœnitet nos desideria tua tuæ voluntatis in omnibus impleuisse, sed si maiora beneficia Excellentia tua de manu nostra suscepisset, non immeritò gauderemus.* Hæc Adrianus. Imperator verò, quia Summus Pontifex vsus est verbo illo, *Beneficia*, quasi Papa tacitè innuisset Imperium feudum esse Ecclesiæ; indignatus liberiùs quàm Imperatorem Romanum decebat, Germanico tamen more rescripsit, quas rescriptorias literas reperies apud eundem Radeuicum *cap.*10. & refert idem Hothomanus *vbi suprà*, quas quidem Summus Pontifex, vti pium, & innocentem virum decebat, veræque mansuetudinis institutorem, singulari animi moderatione accepit, & ad Cæsarem ita rescripsit: idem Radeuicus

denicus *cap.22.* [Occaſione ſiquidem cuiuſdam verbi, quod eſt *beneficium*, tuus animus, ſicut dicitur, eſt commotus, quod vtique nedum tanti viri, ſed nec cuiuſlibet minoris animum meritò commouiſſet: licèt enim hoc nomen, quod eſt *beneficium*, apud quoſdam in alia ſignificatione, quàm ex impoſitione habeat, aſſumatur; tum tamen in ea ſignificatione accipiendum fuerat, quam nos ipſi poſuimus, & quam ex inſtitutione ſua noſcitur retinere; hoc enim nomen ex bono & facto eſt dictum, & dicitur beneficium apud nos, non feudum, ſed bonum factum: in qua ſignificatione in vniuerſo ſacræ Scripturæ corpore inuenitur, vbi ex beneficio Dei, non tanquam ex feudo, ſed tanquam ex benedictione & bono facto ipſius gubernari dicimur, & nutriri: & tua quidem Magnificentia liquidò recognoſcit, quòd nos ita benè & honorificè Imperialis dignitatis inſigne tuo capiti impoſuimus, vt bonum factum valeat ab omnibus iudicari.] Hactenus Summus Pontifex. Feudorum ergo nomine beneficia omnia, quantumvis magna, velut Imperia, Regna, Magiſtratus, & aliæ dignitates appellantur: itaque feudorum appellatione militaria beneficia intelligimus, §.1. *de prohibita feudi alienatione per Lotharium*, ibi: *Per multas enim interpellationes ad nos factas comperimus milites ſua beneficia paſſim diſtrahere, ac ita omnibus exhauſtis ſuorum ſeniorum ſeruitia ſubterfugere.* Vbi verbum illud, *ſeniorum*, interpretandum eſt, id eſt, patronorum, qui feudo dato vaſſallum ſibi quæſierunt. Signor enim barbara vox eſt, Germanica primùm, 29
quâ dans ſignificatur; deinde ad Italos, Gallos, & Hiſpanos tranſlata, & vſu accepta, non verò ab ætate, hoc eſt à ſenio deducta, quaſi ſeniores dominos appellemus; longè enim petita iſthæc acceptio eſt, præſertim cùm videamus minorem vigintiquinque annis feudalem patronum eſſe poſſe, dato & conceſſo feudo viris ſenioribus, qui merito patronum ſuum, licèt ætate minorem, vocabunt ſeniorem, & ſignor, aut vt nos dicimus *ſegnor*, §. 1. *per quos fiat inueſtitura, & per quos recipiatur. Inueſtitura autem*, inquit lex, *aut fit de veteri beneficio, aut de nouo; quæ de veteri fit, etiam à minore poteſt fieri.* Et paulò inferiùs, §. 2. *Perſonam autem accipientis non diſtinguimus.* Non igitur ab ætate aſſumpta videri poteſt, ſed à verbo Germanico, quod ab ipſis ad nos vſque dimanauit: namque vbique qui dominus appellatur, is ſignior à Germanis dictus reperitur. Extat lex Caroli Magni inter ipſius leges *c.5.art.3.* vt nullus comparet cauallum, bouem & iumentum, vel alia, niſi illum hominem cognoſcat, qui eum vendidit, aut de quo pago eſt, vel vbi manet, aut quis eſt eius ſenior. Plura adducit ad hoc Franciſcus Hothomanus *vbi ſuprà.* Recepto igitur nomine à Germanis, ſcilicet *feudum*, quo beneficium ſignificant, exiſtimat ille feudum, moreſque & conſuetudines feudiſticas deriuari poſſe à beneficiis, quæ in alios conferuntur, præſertim vbi ex neceſſitate beneficij obſequium videretur iniunctum & ſeruitium; cúmque hoc antiquiſſimum fuerit, etiam Romanis obſeruatum, non ineptè à Romanis conſuetudines illas dimanaſſe arbitrandum eſt. Salluſtius namque Iugurtino bello ſcribit Maſſiniſſam, Micepſæ patrem victis Carthaginenſibus in amicitiam populo Romano receptum, eique populum Romanum quaſcumque vrbes & agros ceperat, dono dediſſe, quâ de cauſâ Micepſam ipſius filium Numantino bello, equitum & peditum auxilium Romanis miſiſſe; & Adherbal Micepſæ filius ad Senatum ſic

locutus est: *Micepsa pater meus moriens mihi præcepit, vti regni Numidiæ tantummodo procurationem existimarem meam, cæterum ius & imperium eius penes*
30 *vos esse.* Itaque censet ab hoc largitionis genere, quod tamen ad bellum habebat obsequium iniunctum, dimanasse feudisticum ius, quod priscis beneficium fuit; Longobardi autem vocarunt suo nomine *feudum*, id est militare beneficium; suamque coniecturam ille coadiuuat ex eo, quod verbum hoc *feudum*, deductum videatur à verbo Germanico, *Fed*, quo bellum significatur, vel publicum, vel priuatum; & *feida*, pro capitalibus inimicitiis; & *defeidare*, pro eo quod nobis est capitales inimicitias denuntiare; & *defeidatus* est is, contra quem inimicitia est denuntiata, Longobardicâ linguâ in Lombardia, *lib.* 1. *tit.* 9. *l. si quis hominem*, ibi: *Quia filiæ, quæ fœmineo sexu esse noscuntur, non possunt feidam leuare*: & in legibus Franciæ *lib.*4. *tit.*49. vbicumque aut culpa contigerit, vnde feida contingere potest; & in legibus Longobardicis; *titul.* 17. *& tit.* 30. verbum *feida*, inimicitia est. Ex quibus censet vir doctus, & eruditus verbum hoc Germanicum, ab ipsis Germanis inuentum, beneficia significare; non qualiacumque, sed militaria, & quæ obsequium ad bellum suscipiendum, iniunctum habeant; nec enim vassalli solùm ad publica bella solemniter indicta tenentur, sed & ad priuatas contentiones, §. *fin. hic finitur lex deinde consuetudines Regni incipiunt.* Contra omnes, inquit, debet vassallus Dominum adiuuare, & contra fratrem & filium, & patrem, nisi contra alium Dominum antiquiorem; hic enim cæteris est præferendus. Hæc Hothomani sententia est, qui quod attinet ad nomen *feudum*, habet feudisticam legem contrariam, scilicet §.*final. per quos fiat inuestitura, & per quos recipiatur*, vbi feudum à fide dictum Obertus censet. *Nulla autem inuestitura*, inquit, *debet ei fieri, qui fidelitatem facere recusat, cum à fidelitate feudum dicatur, vel à fide, nisi eo pacto acquisitum sit ei feudum, vt sine iuramento fidelitatis habeatur.* Hæc Obertus, quem licèt hoc nomine reprehendat ipse Othomanus, ab eo tamen non est decedendum; quamuis enim in his quæ pertinent ad nominum etymum, parum aut nihil faciat apud cordatos & eruditos viros legis authoritas, est nobis inter alias lex 28. *titul.*9. *part.* 6. quæ præter merum veterum figmentum, quos illa secuta est, nihil aliud continet, & sic se habet: *En latin tanto quiere dezir en Romance, como vna razon que es escripta en el derecho, que muestra porque palabras pueden ser dexadas las mandas.* Cùm multitu-
31 do legum effecerit, vt in partes distribuerentur, scilicet tres, non verò persona, verbum, vel res; promiscuè enim in tribus tomis Legatorum de personis, rebusque agitur, ac de significatione quoque verborum disceptatur. In his verò Feudorum libris, vbi de verbo Longobardo à Longobardis agitur, non potest non esse maxima ipsis authoritas, sicuti & in nostris legibus Hispaniæ, sicubi de significatione, & vsu veteri verbi Hispani agitur, non verò exteri & peregrini, sacrosancta authoritas est, à qua decedere impium satis sit.

Hæc de origine feudorum scripta sunt, vnde dimanarint feudisticæ consuetudines, quæ singula applicari feudo vniuersè cùm non possint, applicata verò singula singulis generibus feudorum magis propria videri poterunt; ipsa namque consuetudo varia est, & plura genera feudorum admisit, cum quibus

non

non ineptè aliquæ quoque Romanorum veteres consuetudines conferri poterunt; cùm enim feudum sit beneficium ex largitate datum, proprietate Domino reseruata, vsufructu translato in accipientem, & eius hæredes vtriusque 32
generis & sexus, si de his mentio in concessione facta sit, vt tamen ipsi seruiant, textus *in c. primo*, *§. beneficium, ex quibus causis feudum amittatur*, *lib. 2. titul. 23. ad finem*: & est illa recepta Scriptoribus, licèt alias definitiones tradant; sed in eundem sensum incidunt, vt scilicet gratuita donatio feudum sit, retenta proprietate sub fidelitate & exhibitione seruitij; Molinæus *in consuetudinibus Parisiensibus*, *tit. 1. in principio*, *num. 52.* cúmque hæc gratuita largitas, & donatio, vel concessio fieri consueuerit pluribus modis, neque vnus semper modus obseruatus sit, non vna lex, non vna eadémque constitutio in concessione feudi fieri poterit, vt diuersæ consuetudines diuersis quoque Romanorum moribus rectè applicentur; est namque feudum aliud regale, vel vt alio nomine dicitur, feudum dignitatis, in quo concedatur regnum, vel dignitas, Ducatus, Comitatus, à Rege vel Imperatore, vel Republica, quæ Regis, vel Imperatoris instar sit: huic rectè applicatur Massinissæ Regnum acceptum à Romanis, de quo superiùs, quod Micepsa fatebatur à parente sibi relictum; ita tamen vt Romanorum esse existimaret, procurationem existimans sibi solùm commendatam. Ligium feudum est, in quo vassallus principaliter potestati Domini personam suam subiiciat, & cum persona 33
sua omnia bona sua, & iurat fidelitatem, nulla alterius fidelitate reseruata; vnde non potest quisquam esse duorum homo ligius, *in Clement. pastoralis, de sententia & re iudicata*, *verbo*, *Homóque ligius.* Ligius enim est qui fidelitatem iurat vni contra omnes de mundo, nemine excepto. At verò in reli- 34
quis liberum erat ad antiquiorem Dominum accedere, *hic finitur lex*, *& consuetudines Regni incipiunt*, *§. final. libro 2. titulo* 28. contra omnes debet vassallus Dominum adiuuare, & contra fratrem & filium & patrem, nisi contra alium dominum antiquiorem; hic enim cæteris est præferendus. Præterea *in §. primo, de noua forma fidelitatis*, *libro secundo*, *titulo septimo*, est noua forma iurisiurandi de nouo inuenta, in hæc verba: *Ego Titius iuro super hæc sancta Dei Euangelia, quod ab hac hora in antea vsque ad vltimum diem vitæ meæ ero fidelis tibi Caio Domino meo contra omnem hominem, excepto Imperatore.* Ecce quod ibi Imperator excipitur: & quamuis *in §. final. de prohibita feudi alienatione per Federicum*, *libro 2. titul. 55.* constitutum sit, vt in omni Sacramento fidelitatis Imperator semper excipiatur, vnde videri poterat semper exceptus Imperator; ac subinde videri poterat nullum esse ligium feudum, quia nulla concessio in feudum constitui potest, quin videatur Imperator semper exceptus; quod ad nos attinet, si quis à Rege Gallorum, vel Hispano, qui Imperio non subsunt, feudum accipiunt cum fidelitate præstita contra omnes de mundo, vel ab ipso Imperatore, regale id feudum erit, ipséque homo ligius, quia nemini accedere potest, neminéque excepto contra omnes stare debet: & licèt Franciscus Hothomanus in disputatione de feudo, capitulo quarto, isthuc conetur destruere, fundamenta eius non euertunt rationem distinctionis receptissimæ, cùm etiamsi apud Gallos, & Germanos homo ligius sit idem quod vasus, vel vassallus, & subiectus; tamen Feudistæ reper-

tâ formâ fidelitatis, in qua nemo excipiebatur, ligium illum vocarunt, aiuntque
35 que necesse esse, vt in inuestitura ita nominetur. Aliud est feudum francum,
in quo inuestitus ad ea sola seruitia tenetur, quæ expressa sunt in inuestitura, ad alia verò minimè. Atque hæc tria feudorum genera, scilicet regale, ligium, & francum, quæ communis & recepta diuisio constituit, vocant alij summum, medium, infimum; vt summum & primarium feudum regale sit, quod
36 à Rege, vel Imperatore datum est, vt Ducatus, Comitatus, vel Marchia. Est autem Marchia prouincia in limite posita, quæ traditur semel expugnata ali-
37 cui custodienda, dicta Marchia, à verbo *March*, Germanico, quod limitem significat; & Marchio est ille cui hæc prouincia commissa est, limitanea & finalis, de quo tamen videndus est Franciscus Hothomanus *in suo Dictionario, verbo Marchionis*, vbi insignem locum adducit Alberti Krantij in Vandalia, *lib.* 3. *cap.* 16. licèt alij existiment dictam Marchiam, & Marchionem, & Mariſchalcum, à voce Gallica *March*, quâ equum significant, vt Marchio sit, qui & Præfectus equorum, vel Equitum magister; & inde dictum quoque Mariſchalcum: idem Hothomanus *vbi suprà*, licèt textus *in auth. Marchia*, à Mari deducat, *quis dicatur Dux, Marchio, Comes, Capitaneus, vel Valuasor, lib.* 2. *titul.* 10. *in principio.* Qui à Principe, inquit, est de Ducatu aliquo inuestitus, Dux solito more vocatur: qui verò de Marchia, Marchio dicitur: dicitur autem Marchia, quia Marcha vtplurimùm iuxta Mare sit posita. Qui verò de aliquo Comitatu, Comes appellatur; qui verò de plebe, vel plebis parte, appellatur Capitaneus, qui propriè valuasores maiores olim appellabantur. Licèt autem textus dicat Marchiam dictam à Mari, verius tamen est nomine Marchiæ intelligendam esse prouinciam ad limites Imperij, cuius custos Marchio dicitur. Legitur titulus inter leges Francorum, *libro* 4. *de Vasis Dominicis ad Marchiam custodiendam constitutis.* Summum igitur, & supremum feudorum genus est, scilicet regale, quod ex largitate Principis proficiscitur, & dicitur etiam feudum dignitatis; & qui hoc genus feudi accipiunt, valuasores appellantur; item vasij, seu vassalli, vel valuasini, vel beneficiati, vel infeudati, vel fideles, vel feudatarij; quæ nomina generalia sunt, vt beneficiarium significent. Rex enim Francorum *lib. legum* 4. *cap.* 88. feudatarios suos, Episcoporum & Abbatum, Comitum & reliquorum, nomine generali vasos vocat: & *libr.* 5. *cap.* 1. Ordinauit (inquit de Carolo Magno) per totam Aquitaniam Comites, Abbatésque, necnon alios primos, quos vasos vulgò vocant, ex gente Francorum, eísque commisit curam Regni, prout vtile iudicauit, & finium tutamen. Vassalli quoque dicuntur, diminuto nomine à vasis dicti vassalli: dicuntur & valuasores, & valuasini. Quod verò Franciscus Hothomanus existimat *in disputationibus de feudis, lib.* 1. *cap.* 3. à vasis dictos Bassas Turcarum, sine authoritate est. Simile etiam erat apud
38 Connanum *vbi suprà.* Turcæ namque nomine patrio magnos Duces Bassas appellant; nec verosimile est ad has nominum acceptiones respexisse: & licèt omnes beneficiarij propriè & feudatarij, vasi, vassalli, valuasores, & valuasini appellentur, propriâ obseruatâ vocum significatione; illud obtinet respectu Principis, & quantum pertinet ad regale feudum, summum scilicet & supremum: in quo genere sunt sæpe Reges, Comites, Duces, Marchiones,

Capitanei,

Capitanei; nam quod attinet ad medios, hoc est ad ligium feudum, quod conceditur sæpe ab istis Ducibus, Comitibus, Capitaneis, & Marchionibus, beneficiarij hi & infeudati propriè dicuntur valuasores minores, *§. qui verò à Principe, quis dicatur Dux, Marchio, lib. 2. tit.* 10. qui verò à Principe vel 39
aliqua potestate de plebe aliqua vel plebis parte per feudum est inuestitus, is Capitaneus appellatur, qui propriè valuasores maiores olim appellabantur; qui verò à Capitaneis antiquitus beneficium tenent, valuasores sunt; qui autem à valuasoribus feudum quod à Capitaneis habebatur, similiter acceperint, valuasini, id est, minores valuasores appellantur: qui valuasini vltimum & infimum genus feudi constituunt, scilicet Francum, in quo præter seruitium inuestiturâ expressum nihil aliud continetur; & hæc pertinent ad tria illa genera feudorum, regale, quod summum est, ligium medium, francum infimum; in quo licèt omnes feudatarios & beneficiarios, vasos, vassallos, valuasores, & valuasinos appellemus, vsu tamen feudistico regales vocamus vasos & vassallos, medios vel ligios vocamus valuasores; infimos autem vocamus valuasinos, qui francum feudum adepti sunt. Hæc est trimembris illa diuisio feudorum, quæ passim à Scriptoribus traditur, vsu forensi recepta.

Vides igitur ex superioribus non ineptè, sed eleganter applicari posse feu- 40
di genus illud supremum & maximum, quod nos regale vocamus, beneficiis à Romanis acceptis, quale illud Massinissæ est apud Sallustium. Tum illud quod de Marchione dicimus, non absimile est his quæ ex Lælio Taurelio adduximus; hoc enim beneficij genus tale erat, vt beneficiarij his à quibus beneficium accepissent, domi forísque adessent armati, togæ, militiæque subituri obsequium, vtque arces & castra in finibus imperij sibi donata, defendentes, seipsos tuerentur, & imperij fines dilatarent; pertinéntque hæc omnia ad feudum regale, quod qui acceperint, propriè vocantur vasi, aut vassalli; reliqui qui ab his feuda accipiunt, valuasores, vel valuasini, si à minimis accipiant beneficium; in Hispania enim non agnoscimus aliud genus feudi, quàm largitates & beneficia Principum collata Nobilibus, propter quæ Nobiles, qui vrbes, castra, & oppida accipiunt, eadem custodire teneantur, & Regem suum sequi armati, quocumque bellum indixerit; ibi ipsi cum 41
armatis adsunt vulgò, *Con lanças*. Et hac ratione isti Nobiles solùm beneficiarij, vassalli vocantur Regis Hispaniæ, non verò reliqui, solùm enim vasus vel vassallus Regis vocatur, qui ab eo habet castra, vel oppida, vel vrbes, *lib.* 1. *tit.* 25. *part.*4. & *l.* 2. *eod. tit. & part.* quod tenet Molina *lib.* 1. *de Primogeniis Hispanorum, cap.* 13. *num.*48. cùm autem verum sit, eos qui accipiunt à Regibus Hispaniæ hæc beneficia, scilicet, Duces, Marchiones, Comites, & Capitaneos, dici vassallos; eos tamen duntaxat dici propriè hoc nomine, nostro iure non probo, vel ex ipsis legibus quas allegat idem Molina *d. l.* 1. *tit.* 25. *part.*4. *E vasallos son aquellos que reciben honra, e bien fecho de los señores, assi como cavalleria o tierra, o dineros, por seruicio señalado, que les ayan de facer.* Et *dict. l.* 2. *eod. tit. & part.* & *l.* 4. *eodem*, clariùs: *Vassallo se puede fazer vn home de otro, segun la antigua costumbre de España en esta manera, otorgandose por vasallo de* 42
aquel que lo recibe, e besandole la mano por reconoscimiento de señorio. Et ibi rursum, *Tornase home de otro.* Nobiles enim Hispani cùm à Regibus acceperint

vrbes,& redditus propter seruitia facta & facienda, feudatarij sunt intelligendi. Andreas *in cap.1. in fin. in additione, ex quibus causis feudum amittatur*; quod ad ligium feudum non ineptè refertur, de qua Clarus *in l.4. eodem*, vbi quod duorum simul vassallus Dominorum esse nequit: & quemadmodum decedet ab vno, ita ad alterum accedet, quæ ad ligium feudum referenda sunt, & non nihil pertinent ad clientelam Romanam, de qua Budæus & Zazius *vbi suprà*;
43 nemo enim duos patronos habere poterat, nec vnquam habuit. Tertium autem genus feudi infimum, scilicet, francum, ad vassallos solariegos Hispaniæ rectè applicatur, qui ad ea solùm tenentur, quæ in inuestitura expressa sunt, nec quicquam aliud; de quibus suprà egimus *cap.9.num.52.* & cum agricolis censitis rectè comparantur. Itaque licet nouiores in eo laborarint, vt consuetudines feudisticas vniuersè referrent ad mores Romanos, vniuersè id fieri nequit, singula autem genera rectè applicari possunt.

Præterea Micepsa non otiosè aiebat, patrem suum Massinissam sibi prædi-
44 xisse, Regnum suum populi Romani esse, procurationem suam esse, & ad se pertinere, vt vetus possemus intelligere feudi genus; namque feudum aliud vetus est, aliud nouum: illud vel ab antecessore præsentis domini constitutum, vel antecessori vassalli concessum; antiquum enim feudum successionem respicit, siue proximam, siue remotam; ideoque paternum feudum,& auitum, & hæreditarium continet, cùm antecessorem habeat, qui dederit, vel acceperit, *§.1. per quos fiat inuestitura, & per quos recipiatur, lib.2. tit.3. Inuestitura* (inquit) *aut fit de veteri beneficio, aut de nouo; quæ de veteri, etiam à minore potest fieri.* Aliud est nouum, quod & ab eo Domino, & ei vassallo, de quibus agitur, constitutum est, *dict.§.1. & si duo fratres, de feudo Marchiæ, vel Ducatus, lib.1. tit.14.* Si duo fratres simul inuestiti fuerint de beneficio nouo, & non de paterno, si vnus eorum sine descendentibus masculini sexus mortuus fuerit, dominus succedit, non frater; maxima autem vtilitas huius distinctionis est, quantum ad alienationem feudi, vel commissum, etiam in præiudicium filiorum; & potest ipsum prælegare pater, qui nouiter accepit, de quo Iulius Clarus *quæst.41.* & *quæst.40. verbo feudum.* Vnde si quis habeat feudum antiquum, si ipsum renouat, quod pertinet ad se, & dominum, feudum nouum est; at verò quoad filios agnatos, vetus est, ne ipsis fiat præiudicium ex nouatione feudi innouati sine ipsorum consensu: quod est elegans ad renouationes emphyteuticas, quas passim vnus ex cohæredibus emphyteutæ facit, vt fratres priuet commoditate & fructu emphyteusis; quia tale feudum, ac subinde emphyteusis, noua est respectu domini & nouiter accipientis; respectu verò fratrum & agnatorum, est antiquum, nec quicquam ipsis præiudicat innouatio. Bald. quem refert Iulius Clarus *quæst. 8. verbo feudum, in c.1.n.20. an agnati, vel filius*; quæ est sententia communiter recepta, Iacobinus *in feud. verbo, Itaque ipsi inuestiti, n.14. vers. sed ponamus.* Est igitur Micepsæ recordatio parentis illa non otiosa, sed opportuna, vt beneficium illud acceptum à populo Romano, vetus & antiquum, paternúmque significaret; quod firmius esse solet & fortius, magísque stabile, & permanens, quantò antiquius,& magis diuturnum: cùm enim multa in concessione deesse possint & soleant frequenter, diuturnitas temporis sui ipsius beneficio omnia ea supplere solet, & potest.

Præterea reperiuntur etiam feuda non militaria, quæ qui accipiunt, censitis Romanorum similes videri possunt, cùm pensionem persoluant pro re recepta; ad militiam autem & bellum nec ex forma inuestituræ tenentur: distinguunt enim tertiò Feudistæ inter feudum rectum, & non rectum. Rectum voco proprium, & est quod propriis feudi regulis continetur & legibus, & veram & rectam, propriámque feudi rationem & naturam, conditionémque retinet; veluti, vt militare beneficium sit, vt perpetuo iure teneatur, vtque ad hæredes transeat, neque auferri queat, nisi ob feloniam, §. *præterea, quid sit inuestitura, lib. 2. tit. 2.* & *in §. item dicit vassallus, de controuersia inter Episcopum & vassallum, lib 2. tit. 20.* ibi: *Item dicit vassallus, quod prius de suo recto feudo debet.* Aliud est non rectum, & improprium, quod degenerat à recta ratione feudi, veluti quod militare non sit, cuius causâ fidelitatis sacramentum nullum interuenit, veluti quod certo & definito tempore finiatur, qualia sunt feuda Guastaldi, & Guardiæ, Cameræ, Cauenæ, & Soldatæ, §. 1. *de feudo Guardiæ, & Castaldiæ*: Guardia autem est custodia, vetus vox Germanica, vnde feudum guardiæ habet is qui prædio custos imponitur. Hinc aliud est tenere pro feudo, & tenere pro Guardia, *dict. §. 1. de feudo Guardiæ,* & ibidem Castaldia, siue Guastaldia, est cura; & Guastaldus, præfectus, siue custos curtis, & dicitur actor *in legib. Longobard. lib. 2. tit. 17.* ibi: *Si Guastaldus aut quilibet actor Regis post susceptas & commissas ibi ad gubernandum curtes, aut casas Regis aliquid per donationem acquisierit.* Hæc autem duo genera feudorum Guardiæ & Guastaldiæ impropriè feudum dicebantur, quoniam ad custodiam dabantur & curam, non perpetuò. Idem est dicendum de feudo cameræ, siue cauenæ; sunt enim feuda non recta, id est, non obseruata recta ratione feudi; camera enim Longobardorum linguâ conclaue est, in quo pecunia seruatur, & ita vocatur Hispanis; sæpe enim applicatur pecunia cameræ Regis; & vnum feudum de camera, accipitur pro stipendio quod vassallo datur à Domino: & cauena est cella; vnde feudum de cauenâ, est annua erogatio vini, frumenti, alteriusve annonæ, quæ militi tribuitur. Itaque feudum de cauena, est feudum de cella vinaria vel frumentaria, §. *sciendum, de feudi cognitione, lib. 2. tit. 1. Vbi*, inquit Obertus, *sciendum est feudum, siue beneficium, non nisi in rebus soli aut solo cohærentibus, aut in his quæ inter immobilia connumerantur* (veluti cùm de camera aut de cauena feudum datur,) *posse consistere: §. si verò vassallus, quid sit inuestitura, lib. 2. tit. 1.* Improprium etiam est feudum soldatæ, quæ est præstatio vel solutio pro seruitio, *§. fin. quis dicatur Marchio, lib. 2. tit. 10.* Hoc verò feudi genus improprium, & non rectum non immeritò referri poterit ad Romanorum veteres militias, de quibus diximus suprà latè, *cap. 4. num. 16.* Militia enim, vt ibi diximus, erogatio erat, ex largitate Principis profecta, pecuniaria, vel frumentaria, quæ principio militibus bello claris præstari cœpit, posteà verò etiam togatis: vnde feudum de Guardia, Guastaldia, cameræ, cauenæ, & soldatæ proficisci non ineptè existimabimus. Hoc enim efficimus post ingenia illustria, vt singula feudorum genera singulis quoque Romanorum moribus relata ab ipsis profecta videri possint; omnia autem simul iuncta ad vnum eundémque morem referri non possunt, vt Molinæi & reliquorum sententia, qui à Romanis profecta

45 and 46 (margin):

negant

negant isthæc iuri dubia, vel ipsarum gestarum rerum serie videri possit.

Plura alia de feudo traduntur, sed hæc pertinent ad originem feudorum, quæ plerique obstinatè ignota Romanis esse asseuerant; quod docti quidem fatentur, si leges scriptas de ipsis, feudíque constituendi rationem, regulas, legésque respicias. Cæterùm si mores & consuetudines legibus ipsis comprobatas animaduertas, non dubium est, quin originem acceperint à Romanorum clientelis, militiis, beneficiis, & prouinciis; adeò vt in his feudis eluceant non obscura veteris consuetudinis vestigia. Et sunt hæc addenda ad ea quæ tradit Alvarus Vasq. doctissimus, *quæst.* 39. *iuris emphyteutici*, vbi & in præcedenti, & aliis sequentibus latissimè de feudo, quatenus potest ad emphyteusim referri, eleganter agit. Nos tamen nostrum institutum secuti, obseruata ratione quam tradidimus de vsufructuario, inquirimus quæ expendat vassallus, quas expensas, quásque meliorationes de suo teneatur facere, quásque
47 recuperet à domino, quásque amittat, quæ sit necessitas expendendi; hic enim nobis cyclus est, extra quem videri possumus extra choream saltare, etiamsi animaduertamus nullam esse posse tam constantem orationem, quæ non excessus quoque admittat suos. Itaque principio constituendum est, licere quidem argumentari de vsufructuario ad vassallum, emphyteutam, & alios his similes, quibus fructuum percipiendorum ius est plenum & absolutum, quales sunt Episcopi, Beneficiati, & maioratuum possessores; quia quantum attinet ad fructus, & ea omnia, quæ fructuum perceptores sequuntur, fructuariis similes sunt, etiamsi in aliis dissimiles videri possint; & in hoc constituitur argumentum inter hos, vbi inter eos eadem ratio inueniatur; licèt enim maioratus possessor dominus sit, licèt emphyteuta, & vassallus ius fortius quàm in fructuario sit, habeant; licèt Episcopis & Beneficiatis aliquantò debilius; tamen cùm omnes iure proprio fructus percipiunt, quantùm ratio ipsa fructuum percipiendorum patitur, quantúmque natura & qualitas eorum omnium, quæ fructus consequuntur, fert, optima est collectio ab vsufructuario ad feudatarium, emphyteutam, possessorem maioratus, Episcopum & Beneficiatum, quia vna, eadémque ratio est in his; contrarium autem argumentum non constat, quia ratio feudatarij emphyteutæ est; quod argumentum passim agnoscunt viri doctissimi, quia quando vnum adæquatur alteri, tunc rei, ad quam fit adæquatio, nihil adiicitur, sed tribuitur ipsi adæquato quicquid est iuris in re ad quam fit adæquatio, *l. illud, ff. de donation. caus. mort. l.* 1. §. 1. *ff. si quid in fraudem patroni*: quando autem duo mutuò adæquantur, tunc hinc inde vires vtriusque adæquantur, *l.* 2. *C. communia de leg. Auth. in successione, C. de suis & legitimis hæred.* Bart. *in l.* 1. *ff. de leg.* 1. & Ias. *ibid. num.* 37. Cum autem æquiparemus vsufructuarium vassallo, ius fructuarij, quod comparatur, tribuimus vassallo, non verò contrà vassallum dicimus in omnibus fructuario similem. Ex qua ratione ita colligebat Molina *lib.* 1. *de Hispanis primog. cap.* 7. *num.* 8. Pinell. latissimè *in l.* 1. *C. de bonis mat. part.* 2. *num.* 72. *versiculo secundò ampliatur*, quod sæpe repetit. Vbi etiam in octaua ampliatione extendit ad conductorem ad longum tempus, de quo nobis inferiùs agendum est; quia ratio quæ versatur in fructuario propter fructus, & quæ fructus sequuntur, reperitur etiam in conductore: ita quoque argumentatur

gumentatur Aluarus Vazquez *in quæst.* 16. *num.* 1. statim post principium, de alluione: & idem argumentum non receperat, propter diuersam rationem, *in quæst.* 15. *num.* 10. & rursum admittit idem argumentum *quæst.* 17. vbi de tributis agit, quæ & quanta quis soluat. Recipit illud argumentationis genus Franciscus Hothomanus *cap.* 34. *vbi suprà*, & recipiunt Feudistæ reliqui.

Et primò quidem, sicuti receptum est in vsufructuario, vt rem, cuius fructibus fruitur, conseruet & tueatur, ne deterior fiat, *l. eum ad quem* 7. *C. de vsufruct. l. vsufructu*, §.1. *eodem*; ædes enim sartas tectas habere debet, prædia culta, fundos, reliquáque in eo saltem statu, in quo erant, cùm fruendi ius concessum est; quod proximo capite diximus. Id quoque recipiendum est in vassallo: textus *in* §. *publici latrones, versic. quicumque aduocatiam suam, de pace tenenda, & eius violatoribus, lib.* 2. *tit.* 27. allegat ad hoc Franciscus Hothomanus §. *fin. & penultim. Hic finitur lex, lib.* 2. *tit.* 28. sed nihil facit: tenet Zazius *in Epitome feudorum, part.* 10. *conclusione* 2. quòd ex hac causa possint priuari feudo, Afflictis *decisione Neapolitana* 265. *vers.* 11. Molineus *in consuetud. Parisiensib. tit.* 1. §. 30. *num.* 166. & in hoc argumentatur ab emphyteusi ad feudum, *arg. auth. qui rem, C. de sacrosanct. Ecclesiis*: nec existimat Molineus distinguendum esse inter feudum perpetuum & temporale, vt scilicet in hoc admittatur priuatio ob deteriorationem, in illo verò non admittatur, ex eo scilicet, quod feudum perpetuum sit in nostro patrimonio, & liceat nobis saltem impunè abuti rebus nostris, quarum sumus integri moderatores & arbitri. Concludit tamen Molineus, non licere vassallo deteriorare vel destruere, in magnum & perpetuum detrimentum domini, & deuastationem feudi; quid enim si vassallus turres, castella, & mœnia vrbium euertat, curtem destruat, vniuersum fundum in syluam abire patiatur? profectò non possunt non videri dolo hæc effecta, quæ ne populator quidem, aut patriæ hostis efficeret. Talísque deterioratio procul dubio dominum ad iudicium admittet, iudéxque prudens ex ea causa, quæ talis, tantáque sit, feudum domino adiudicabit; in quo tamen est textus *in dict.* §. *quicunque.* Interpellatio domini necessaria est, vt vassallus reparet, non respicientem autem & obstinatè deteriorantem, meritò à feudo iura excludent: & quamuis Iulius Clarus *quæst.* 56. *verbo feudum*, existimet decedere se ab opinione Molinei, reuerà idem tenet quod Molineus; vterque enim admittit priuationem feudi ob deteriorationem magnam, quæ sit melioris, vel maioris partis fundi, & feudi; Molineus enim eam deteriorationem admittit ad priuationem, quæ talis & tanta sit, vt more populatoris facta esse videatur; in quo tamen, quod attinet ad deteriorationem, prudens expectatur iudicis arbitrium, qui de ea re cognoscet. Plurimùm enim illud valet, & admissum quoque est in feudalibus controuersiis, §. *ad hoc, de pace tenenda & eius violatorib. lib.* 2. *tit.* 17. ibi: *Bonus tamen iudex variè ex personis causisque definiet.* Aluarus Vazquez *quæst.* 38. *num.* 22. *iuris emphyteutici*, indistinctè tenet, propter deteriorationem priuari posse vassallum, & refutat Iulium Clarum; sed reuerà Iulius Clarus, & Molin. idem tenent, vt dicimus, & pro ista sententia est nobis expressa lex 1. *tit.* 18. *part.* 2. ibi: *Ca aquellos que los han por heredamiento, deuenlos tener labrados e basticidos de omes, e de*

Et primò … 48 (margin numbers: 48 at "Et primò quidem"; 49 at "sint priuari feudo"; 50 at "existimet decedere"; 51 at "tionem admittit ad priuationem"; 52 at "pace tenenda & eius")

armas, e de todas las otras cosas que les fuessen menester, de guissa que por culpa dellos no se pierdan, nin venga dellos danno, nin mal al Rey, nin al reyno. Et loquitur lex de castris, vrbibus, & oppidis datis iure perpetuo Nobilibus Hispaniæ, quam concessionem diximus non absimilem feudo regali, quæ fit Marchioni, Duci, aut Comiti, aut Capitaneo, ibi: *La vna de aquellos aquien el Rey da los Castillos por heredamiento.* Et subdit lex, propter deteriorationem, vel alienationem priuari posse, ibi: *Porende el que perdiesse el castillo, o lo enagenasse, a sabiendas aquien fiziesse danno, o guerra al Reyno, o al Rey del, faria traycion conoscida, porque deve perder todo el heredamiento que oviere, e ser he chago de la tierra para siempre jamas, e el castillo deve tornar al señorio del Rey, como de primero.* Et Greg. Lopez *ibi, verbo, Deven las tener labradas*, tenet teneri Dominos ad reparationem mœnium, & castrorum suis sumptibus, &
53 quod possunt ad illud cogi. Ex quibus omnibus elegans est æquiparatio fructuarij, & vassalli, vt de deterioratione omnino teneantur; & sicut ille tenetur tueri & defendere causam vsusfructus, quo fruitur, vtcumque defendenda sit, siue manu, siue in iudicio, quantò per vsumfructum sibi liceat, id quo-
54 que omnino facere teneatur vassallus; quod si maiores expensæ necessariæ sunt, tunc requiritur Dominus.

Culpam autem vassalli in hoc casu, etiam leuissimam, admittimus: tum ex his quæ diximus præcedenti capite, *num.* 30. quia versatur in hoc casu Domini, & vassalli emolumentum, commodum, & vtilitas, ne ædes, mœnia, castra corruant: & tum etiam, quia in vassallis exactissimam diligentiam requirimus, *arg. text. in l.* 3. § *sciendum, ff. de offic. Præfecti:* videndus Greg. Lopez *vbi suprà, verbo, Por su culpa perdiere el castillo*, vbi tenet quod custos castri qui ob leuissimam culpam amisit castrum, non puniatur pœnâ mortis, *arg. text. in l.* 12. *tit.* 29. *part.* 7.

55 Ex eo etiam meritò descendit, vt quia feudum propter deteriorationem & maximum damnum reuertatur ad Dominum, iurisdictio, quam obtinent Domini locorum infeudatam, vel apud nos à Rege concessam, ad Dominum reuertatur, si Domini locorum eadem abutantur, instar deteriorationis quæ in reliquis rebus contingit, & propter abusum & nimium excessum in exercitio ipsius sequitur priuatio, in pœnam abusus, quod post Bald. & alios *in dict.* §. *quicumque aduocatiam*, Innocent. Ioan. And. Gemin. & Philippum Francum *in cap.* 2, *de re iudic. in* 6. tenet Molin. *vbi suprà, num.* 166. quod quidem ex facto semel vidimus in hoc Prætorio, latâ sententiâ contra Domin. Fernandum de Castro, quia prætextu iurisdictionis accusabatur raptum commisisse; posteà morte ipsius res consopita est.

56 Quin immò ex sola negligentia Dominorum in administranda iustitia partibus & subditis reuertitur iurisdictio ad Regem & ad iudices Regis ordinarios: cùm enim Rex Hispaniæ fundet intentionem in omni iurisdictione in Hispania iure communi Hispano, Gregorius Lopez *in l.* 2. *tit.* 1. *partita* 2. Auendañus *de exequendis mandatis Regis Hispaniæ, cap.* 1. *part.* 1. *num.* 6. *vers.*
57 *idem probatur*, ob idque concurrit cum omnibus Dominis sibi subditis, quibus ab ipso concessa est iurisdictio, Palacios Rubios post Baldum, & alios quos ibi refert, *in Rubrica de donationib. inter vir. & vxor. col.* 3. *num.* 7. Auendañus

dañus vbi ſuprà *num.*31.*verſ. nam licèt*; conſtat enim Regem noſtrum in toto ſuo Regno, & qualibet eius parte fundatam habere iuriſdictionem, cùm ſit Monarcha & ſummus Rex, & ſolus in Regno ſuo, *l.*1.*in principio*, ibi, *ei & in eum omne imperium*, *ff. de conſtit. Princip. l.vna*, ibi, *regiminibus reipublicæ ad Imperatores tranſlatis*, *ff.de offic. Prætorio Præfecti*; iſthuc autem fundamentum eſt de iure gentium, *l.ex hoc iure*, *ff. de iuſtitia & iure*, *cap. in apibus*, 7. *quæſt.*1. Diuus Thom. 2. 2. *quæſt.66. art.* 2. ideoque delirant, qui ſolum gradum appellationis Domino noſtro Regi reſeruant; concurrit enim cum omnibus: inde eſt, vt ſi Domini locorum negligentes ſint, eorumque iudices in adminiſtratione iuſtitiæ, iudex regius ordinarius poſſit de ea cauſa, in qua negligenter ſeſe geſſerunt, cognoſcere, *in auth. de quæſtore*, *§. ſi verò forſan*, *coll.*6. & *in cap. irrefragabili*, *de offic. ordinarij*, Gregor. Lopez *in dict. l.*3. *titul.* 1. *part.* 2. *verb. per priuilegio*, Carol. Molineus licèt obſcuriùs, *in conſuetudinibus Pariſienſib. tit.* 1.*§.*2.*gloſ.*2. *num.*10. Auendañus *cap.*1. *in prima parte*, *de exequendis mand. Reg. num.*31. *ad fin.* Quod in hoc noſtro prætorio 58 quotidianum eſt, ſæpe enim proponitur querela ſuper homicidio, aut alio crimine contra delinquentes, & iudices Dominorum, in quorum territorio delictum commiſſum ſit; proponiturque iudicum negligentia, vt magis cauſæ cognitio in Senatu retineatur; ex aduerſo autem proponitur cauſam præuentam, nec poſſe ad Senatum pertinere ante diffinitiuam: præcipitur autem, vt teſtes de crimine recipiantur, & acta iudicis adducuntur, ex quibus ſi conſtet negligentia iudicis, retinetur cauſa; & capti à iudice quoque ad carcerem regium adducuntur, aliàs remittitur cauſa legitimè præuentione occupata; & & in hoc caſu rectè competit iuriſdictio, quia ordinaria eſt, vnde in hoc caſu debet declinatoria proponi à iudice Domini, vel ab ipſo Domino; nam pars propter competentem iuriſdictionem non auditur declinans. Ita tenent Gregor. Lopez, & Molineus *vbi ſuprà*, & ſit quotidie. 59

Hæc enim omnia ex eo deſcendunt, quod ſcilicet vaſſallus tenetur reparare & conſeruare curtem feudalem & dominicam, nec ipſo feudo abutitur: illinc deſcendit priuatio, & iuriſdictionis abuſu ipſius recuperatio ad Dominum, & in caſu negligentiæ particularis illa quoque recuperatio. Simile eſt 60 quod tradit gloſſa *in cap.*1.*§.item qui domino*, *in verbo iuſtitiam*, *quæ fuit prima cauſa beneficij amit.lib.*2. *tit.*24. Vbi fit illa æquiparatio, quod ſicut priuatur vaſſallus ſi iuſtitiâ abutatur ipſam non adminiſtrando; ita quoque Dominus priuatur proprietate propter eandem cauſam; & ſequitur gloſſam Bald. & Præpoſitus, & Iacobinus *in feudo*, *verb. dictique vaſſalli*, *el primo*, *num.*24. licèt Iulius Clarus huic opinioni non aſſideat propter æquiparationem vaſſalli & Domini: æquiparatio autem innititur in abuſu ab vtroque facto, & commiſſo; & reuerà illa æquiparatio cognita eſt iure illo feudorum, *cap.* 1. *qualiter dominus proprietate feudi priuetur*, *lib.*2. *tit.*47. & in vaſſallo eſt textus §. *illud tamen non lateat*, aliàs, *item qui domino*, *quæ fuit cauſa beneficij amittendi*, *lib.*2. *tit.*24. Item illud (inquit Obertus) non lateat, quod ſi quis ſuo Domino iuſtitiam facere noluerit, feudum quod tenebat, perdet, ſicut in alio libello tibi ſcripſiſſe hoc credo. Quæ autem & quanta, qualiſque iniuſtitia hæc eſſe debeat, qui, quantus, qualiſve exceſſus, illud iudicis arbitrio relinquendum

 eſt,

est, §.*sed quia natura, eod.tit.& lib.* Sed quia natura (inquit Obertus) nouas
61 deproperat edere formas, potest multis modis contingere, vt aliæ emergant causæ, quibus videatur iustè adimi posse feudum; ideoque iudex solers & discretus, & æquitati obsecundare solitus, cuncta subtiliter dispensans prouideat, si qua fuerit antiquioribus causis similis, seu maior, vt proinde sciat, vtrum beneficium sit amittendum, an nihilominus retinendum.

62 Illud consequens est, an sicut vsufructuarius ratione fructuum tenetur ad tributa & onera, ita quoque & feudatarius? In quo deducta ratione ab vsufructuario, vti dicebamus, concludendum est, teneri beneficiatum vel vassallum ad onera & tributa, cùm fructus rei dominicæ percipiat. In quo faciunt quæ diximus capite præcedenti, *num.45. & seq.* & in terminis ita concludit Pinellus *in l.1.Cod.de bonis mat. part.2. num.72. ampliatione 2.* post Chassan. *in consuetud. Burg. rub.4. §.6.* In quo vide suprà *cap. proximo, num.46.* hæc enim onera & tributa sequuntur fructuum perceptorem; cumque infeudatus fructus percipiat, reliquum est vt ad onera hæc & tributa teneatur, & ex hac ratione ita concludit Aluar. Vazq. *iuris emphyteutici quæst.17. num.3.* Omnia de his tributis constituta in vsufructuario, habent locum in vassallo & feudatario, ex ratione, quæ eadem reperitur in vtroque. Molineus *in consuetudin. Paris.tit.1. §.22.num.156.& 158.* vnde omnia, quæ constituta sunt de his oneribus & tributis in vsufructuario, habent locum in vassallo.

63 Quin & in collectis quæ imponuntur, idem obseruandum est, propter eandem rationem; hæc enim rationem fructuum sequuntur, Pinel. *dict. l.1. p.2. num.72. sexta ampliat.* & est in hoc argumentatio recepta ab vsufructuario ad vassallum, quia vterque percipit fructus; constat enim in feudis imponi posse collectas & talias à Rege, vel Imperatore, vel Republica non recognoscente
64 superiorem: Barones verò, Comites, Duces, Marchiones, Capitanei & alij inferiores, qui superiorem recognoscunt, non possunt valuasinis suis, nempe subditis, collectas, & taleas has imponere, quamuis habeant merum imperium, & omnimodam iurisdictionem, sub quocumque prætextu, siue belli, siue famis, siue pestis, siue ad reparationem mœnium, aut murorum, aut pontium; hæc enim impositio collectarum est de regalibus, & ad Principem pertinet, *l.vna, Cod.de superindictis, lib.10.cap.1. quæ sint regalia*: & quamuis iure communi ciuitas, vel communitas pro necessitate præsenti poterat collectare subditos, *l.omnes, Cod.de operibus publicis*, Ægidius Bossius *tit.de Principe & eius priuileg. num.95.* Chassaneus *in consuet. Burg. rubr.1. §.4.gl. & sur ses, sub num.47.* Matth. de Afflict. *in constit. Neapolitanis, tit.de contumacia vniuersitatis, lib.1.* Thomas Grammat. *cons. 69.* iure tamen nostro Hispano hoc ius limitatum est vsque ad quantitatem trium millium morapetinorum, qui efficiunt drachmas argenteas Romanas octuaginta octo, plus minusve, *l.16.*
65 *tit.1. lib.7. Ordinat.* quæ est lex 25. *tit.6. lib.3.* in noua compilatione. Et licèt Iulius Clarus *quæst.29.verbo feudum*, disputet contra Boërium *decisione 126.* an ex possessione immemoriali subditos suos posset is, qui supremus non est, collectare, illud hodie cessat in Hispania, vbi est dispositio legis 24. In capitulis correctorum reprobatur contraria consuetudo, de quo Auend. *in 2. part. de exequendis mandatis Reg. Hispaniæ, cap.14.num.5.*

Debet

Debet tamen collecta propriè accipi: nam si parochiani alicuius parochiæ pro vestibus, vasisque sacris comparandis exigant quid inter se mutuo consensu, illud propriè collecta non est, nec indigent licentiâ & facultate regia, cùm fiat virtute consensus; Chassaneus *in consuetudinibus Burg. rubr.* 13. §. 6. *glos. de porte*, Auendañus infrà allegandus. 66

Idem dicendum est si Respublica compellat vicinos suos ditiores, vt mutuent otiosam pecuniam; quod hodie fit Compostellæ in hac frumenti miserrima caritate: quo enim tempore hæc scribimus, miserè fame laboramus, & ad comparandum frumentum, cuius à Gallis ad nos mira quantitas appulit, *mas de docientas mil hanegas*, compelluntur ditiores ciues pecunias mutuare. Chassaneus *vbi sup. rubr.* 1. §. 4. *vers. sed dicimus*, Auendañus *vbi sup. num.* 9. 67
In his casibus, quoniam collecta nulla imponitur, non timetur pœna legis Hispaniæ: in aliis autem casibus, vbi verè collecta imponitur, non sufficiet pactum, nec concessus ciuium, propter legem nostram Hispanam. Ex quibus cauebis ab Auendaño *vbi sup. n.* 7. & 8. quod si feudum concessum sit ab Ecclesia laico, iuxta §. 1. *qui feudum dare possunt, lib. 1. tit. 1. in princ.* qualia duo noscimus in hoc Regno duntaxat ab Ecclesia diui Iacobi & Compostellanis Archiepiscopis concessa Nobilibus huius Regni, alterum Comiti Altamirano, quod sine vlla controuersia obseruatum est; alterum Marchioni de Sarria concessum, de quo lis & controuersia mota est, & adhuc pendet, Archiepiscopis renuentibus accipere seruitium, equum phaleratum, & certam pecuniæ quantitatem; isti enim feudatarij Ecclesiæ, & rerum Ecclesiarum subeunt collectas impositas à Rege nostro, etiamsi Rex noster laicus sit; de quo licèt maxima controuersia sit, ita asserendum est, ex æquiparatione vsufructuarij, & feudatarij; idque ex hac æquiparatione, & aliis vrgentissimis argumentis in emphyteuta Ecclesiæ concludit latissimè Aluarus Vazquez. *quæst.* 17. *num.* 11. *& aliis seqq.* cuius rationes omnes æquè militant in feudatario sicuti in emphyteuta; vterque enim habet vtile dominium, quod quidem in vassallo laico laicum est, quod ipse latissimè probat *num.* 12. vnde quia laicum & prophanum est, etiamsi sit separatum à dominio & proprietate Ecclesiæ, subiectum est domino nostro Regi, & patitur collectas ab ipso impositas: quod probat adducto Petro de Anchar. & Andrea Barbatia, Paulo, Cumano, Alexand. Alberto Bruno, Socino, Felino, Decio, & Tiraq. *in retractu lignagier*, §. 1. *gl.* 13. *n.* 1. & Siluano *cons.* 9. *num.* 23. qui solus contradicit. Tum etiam quia mutata conditione personæ videtur mutata conditio bonorum, *l. Paulus*, aliàs *per procuratorem*, *ff. de acq. hæred. l. fiscus*, *ff. de iure fisci*, *l. cùm quidam*, §. *si debitores*, *ff. de publicanis*, *c. vno*, §. *verùm*, *de iurepatronatus lib.* 6. & comprobatur ex aliis, quos adducit idem Aluarus Vazquez *num.* 25. *vers. quibus accedit*, vbi latè: tum ex ratione & tempore præscriptionis, quia licèt aduersus quamlibet Ecclesiam requirantur quadraginta anni, *c. de quarta*, *de præscriptionib. auth. quas actiones*, *C. de sacros. Eccles.* Greg. Lop. *in l. fin. tit. fin. part.* 6. aduersus tamen Ecclesiæ vassallos, vel emphyteutas ad præscriptionem vtilis eorum dominij sufficit tempus commune, sicuti aduersus alios priuatos. Bart. *in l. si publicanus*, §. *in vectigalib. ff. de publicanis.* Baldus *de præscript.* 1. *part.* 5. *princip. in princip. num.* 19. & 20. Tiraq. *vbi supr.* & alios allegat ipse Aluarus 68 69 70

Vazquez *vbi sup. num* 13. Ex quibus concludit contra Laurentium Siluanum *cons.9.* & eius fundamentis respondet ; & est vera opinio , quod quotidianum est in nostro prætorio , deducto argumento ad aliam speciem , vt scilicet conductores rerum Ecclesiarum non gaudeant priuilegiis Ecclesiæ , quia mutata persona , fit quoque qualitatis bonorum mutatio , Segura *l.3. §.fin.ff. de lib. & posth.* Tiraq. *in primo retract. §. 1.glos. 13. num. 12.* Peralta *in l. cùm patronus , ff. de legat.2.* ex quo axiomate , & his quæ diximus , etiamsi aliàs Ecclesia faciat notionem causarum Senatui nostro , hoc est , facit *caso de corte* , pro suis rebus conductores earundem , emphyteutæ , vel censuarij notionem eam non facient , immò nec canonici , quibus fit locatio ad vitam rerum Ecclesiæ , debitores suos adducent ad Senatum , quia mutata persona, qualitas quoque ipsarum rerum mutata censetur : de quo tamen cùm obstinatè disputatum sit , sæpè variè iudicatum vidi , aliis iudicibus in alias abeuntibus sententias: sed verior est pars negatiua ex his quæ diximus , & *ex Clement. 1. de decimis, Clementina final. de censibus* , vbi Scriptores , & Geminianus *in cap. quamque, de censibus , lib.6.* Ioan. Andr. *in cap.1 . de immunitat. Ecclesiæ* , Alexand. *con-*
71 *sil.9.volumine 5.* Expendit igitur vassallus suis sumptibus ex his causis quas explicuimus , scilicet reparando , & reficiendo rem feudalem : item tuendo & defendendo , ne res deterior fiat , neve mansum seu curtis corruat, iurisdictionem iustè exercet , ne abusu , vel negligentiâ amittatur : expensas quoque eas facit suis sumptibus , quæ insurgunt propter onera & tributa quæ insunt rebus infeudatis ; quin & propter collectas , & taleas impositas sumptus quoque facit , quæ omnia paria sibi sunt, & communia cum fructuariis, vigétque in vtrisque eadem ratio , ideóque iuris eadem admittitur dispositio : vnde neque magnæ , neque paruæ expensæ vlla habetur ratio ; quantùm enim fructus sufficere possint , tantùm ob has causas expendere tenetur vassallus infeuda-
72 tus. Expendit etiam vassallus ex causa alimentorum, scilicet si patronus inops sit , nec aliunde habeat vnde se alat ; esurientem enim alere tenetur , quantum ferant feudi dominici fructus,Dynus,& Bart. *in l.alimenta , §. Imperator, ff. de liberis agnoscendis* , & *in tractat. suo alimentorum , num.45.* Ioannes Fab. *& reliq.§. sed & si quis cum parente, Institut. de actionib.* Bald. *in l. 1. §. sed scimus, C. de Latina libert. tollenda.* Matthæus de Afflictis. *decisione Neapolit. 265. vers.29.* Caccialupus *in repet. cap.1. in 15. concordantia de feudi cognitione* : tractat quæstionem Iulius Clarus *quæst. 23. verb.feudum.* Molineus *in consuetudinibus , tit. 1.§.30. num.145.* Præcipuum argumentum ad hanc conclusionem ex sententia Molinei deducitur à donatario , qui nisi esurienti donatori suo alimenta necessaria præstiterit , donatione quasi indignus priuatur , ex glossa
73 *in l.fin. verb. voluerit , C. de reuocandis donationib.* quam dicit communiter receptam : & licet illa causa non sit expressa *in dict.l.fin.* scilicet negatio alimentorum , vt inquit eadem glossa , & similis *in l.condemnatione , ff. de regulis iuris* ; tamen constat quod ex causis similibus , vel grauioribus expressis *in dict. l.fin.* potest æquè donatio reuocari. Grauius autem est alimenta negare , quàm iniuriam verbo facere , *l. vel necare , ff. de liberis agnoscend.* ex quo argumento ita tenent prædicti ; & licèt in donatario , quantum ad hoc , distinguant Albericus *in dict.l. in condemnatione* , Anchar. Imol. Panormit. & Barbat. *in cap. fin.*

fin. de donationibus, inter donatorem omnium bonorum, vt hic alendus sit; & donatorem rei particularis, vt non sit alendus; distinctio tamen illa non placet Molineo, & meritò: non enim existimat ferendum, vt inofficiosus & impius donatarius maneat in lucro, & liberalis donator extremam egestatem patiatur, ob eámque causam, siue particularis res donata sit magna, siue maxima, siue parua, siue fructuosa, ad æstimationem rei deueniendum existimat, vt tandem donatori iuxta modum largitatis suæ succurratur, siue senex sit donator, siue iuuenis, contra Franciscum de Ripa *in dict. l. fin.* eáque sententia rationem habet, & naturalem illam æquitatem animis nostris inscriptam, qua benefactoribus nostris bene quoque facere gratiam parem referentes compellimur, quod ἀντιπελαργεῖν vocarunt veteres. Ex ratione igitur quæ suadet alendum donatarium, colligitur ratio alendi patronum; & dicendum videbatur, alendum eum quantùm largitas beneficij patiatur, instar donatoris; 74 Carolus tamen ita censet, vt si primus author feudi, qui liberaliter & gratis prædia sua infeudari passus est, esuriat, absque dubio obseruandum sit quod de donatore alendo diximus; secus verò si feudum non fuerit gratis concessum, sed ob pecuniam, & quasi pretij intercessione emptum: quod fieri posse 75 constat ex textu *in cap.* 1. *de natura feudi, lib.* 1. *tit.* 7. ibi: *Vel nisi emerint fundum; tunc enim pretium restituendum est, secundum antiquum & rationabilem vsum.* Et *in §. final. qui feudum dare possunt, libro primo, tit.* 1. vel nisi aliquid propter feudum acceperint; tunc enim nisi restituto pretio auferre non possunt. Textus *in cap.* 1. *de feudo guardiæ, lib.* 1. *tit.* 2. Iulius Clarus *quæst.* 16. *verbo feudum*; & Doctores feudistæ in prædictis locis. In hoc igitur genere feudi empti, quia liberalitas non reperitur, nil mirum si retributio quoque non reperiatur; vbi autem liberalitas est, oportet vt beneficus Dominus vassalli beneficiarij, beneficum quoque accipiat famelicus & esuriens; contrarium verò ait obseruandum in feudis antiquis, quorum viuentes patroni non sunt authores, à quibus vassalli beneficium non acceperunt, licèt eisdem ad seruitium teneantur, ex Aluaro, & Præposito *in cap.* 1. *§. licèt, si de feudo defuncti controuersia sit inter domin. & agnat.* & aliis quos allegat: quod ego non recipio in filio, nepote, & pronepote primi Domini, qui feudum concessit; nulla enim, nec humana, neque iuris ratio suadere potest, vt quam ob causam pater meus esuriens videbatur alendus, non videar quoque ipse filius & hæres; 76 cùm si beneficium collatum sit à patre, non minùs voluerit prospectum mihi pater, quàm sibi, cui ex voto cuncta parabat: nec ius huiusmodi obligationes distinguit à patre, & filiis, quos eosdem esse censet: itáque in hoc libenter à Carolo decedimus, quoniam nulla subest ratio, quæ distinguat inter patrem, filium, & nepotes: nec ferendum est vt tu habeas substantiam paternam, quæ mihi ex voto parabatur, me filio, eodémque hærede esuriente miserè: ex quibus quoque videas quantùm probanda sit distinctio Iulij Clari *dict. quæst.* 23. qui distinguit duos casus, qui retenta superiore opinione sine dubio videri poterant. Itaque ex hac causa expendere cogitur vassallus, non verò priuatur feudo, quia iure cautum non est in consuetudinibus.

Expendere autem vassallus an teneatur pro liberando Domino incarcerato 77 ob æs alienum, hoc est, an debita patroni ex fructibus cogatur diluere, & nisi

nisi diluat, an feudo priuandus sit; breuiter dic, quod debita pecuniaria non tenetur soluere, nec ex fructibus feudi. Ita resoluunt in hoc omnes concordi consensu, Carolus Molin. vbi suprà *num.*146. & Iulius Clarus *quæst.*24. præter eos quos ipsi allegant; omnes enim in hoc conueniunt, & ab hoc onere & ratione expensarum liber est vassallus; operam autem & diligentiam tenetur adhibere, vt dominum liberet, *cap.*1.*§.item si delator, quæ fuerit prima causa beneficij amittendi, lib.*2.*tit.*24. ibi: *Vel si cognouerit dominum inclusum, & eum cùm potuerit, non liberauit, feudum perdit.* In quo cauendum est à Carolo Molineo, qui existimat vassallum denegata hac opera non priuari feudo; apertè enim loquitur contra textum *in dict. §. item delator.* Tenet etiam contra Doctores omnes ibi, & contra Iacobinum *in suo feudo, in verbo, dictique vasal. num.*37. & tenuerat gl. ibi. Cogi certè ad operam illam exhibendam non potest, cum liberum illi sit, vel operam adhibere, vt pœnam euitet; vel pœnam volens libénsque incurrere: quod si patronus dominus iustè inclusus sit, si vassallus operam illam neget, nequeat, aut nolit curare domini liberationem, non timet pœnam, *dict §.item si delator*; qui enim iniustè delinquit, iustè plectitur. Ita limitat & explicat *dict. §. item si delator*, Isernia *ibi*, & Iacobinus *dict.num.*37. & Iulius Clarus *vbi suprà*, quæ sententia periculosa est; iustitia enim, vel iniuria carcerationis dependet ex futuro iudicij euentu, interim verò vassallus iniquè faciet si putet dominum iniustè fecisse, ob eamque priuatam sententiam dominum suum in carcere relinquat sine præsidio, & litigatore.

Sed & illud, quod in fructuario adnotabimus, an incidere posset arbores frugiferas, repetendum hîc est: ideò enim in vsufructuario disputanda illa omnia capita nostræ argumentationis fuerunt, vt ad feudatarium, maritum, emphyteutam, conductorem, possessoremque maioratus præfata essent fundamenta. Vassallus igitur, sicuti & fructuarius, deteriorationis damna abhorrens, frugiferarum arborum fugiet incisiones; has enim in fundo feudali incidere non potest impunè, ex his quæ tradit Bart. & post eum Ias. *in l.diuortio, §.si fundum, ff.sol.mat.* Paul.de Cast. *in authent. qui rem, Cod.de sacrosanct. Eccles.* facit textus *in cap.*1. *§. si vero, de inuestitura de re aliena facta, lib.*2. *tit.*8. ibi: *Meliorem namque conditionem feudi facere potest, deteriorem verò sine Domini voluntate, vel eorum agnatorum, ad quos per successionem pertinet, facere non potest.* Si enim propter deteriorationem mansi, vel curtis, aut domus priuatur feudo, idem recipiendum est propter incisionem arborum frugiferarum; vtriusque enim eadem ratio est, *l. eleganter, §.non solùm, ff. de dolo*, ibi: *Vel fundum & dum tradidit, imposuit ei seruitutem, vel ædificia diruit, vel arbores excidit, vel vineam extirpauit*: quem textum dicit Iason suprà didicisse se à Bald. ad Specul. *in tit.de locato, statim in principio, versiculo, & hic nota quod emphyteuta vel colonus*: idque recipiunt omnes non solùm in fructuario, vt diximus suprà capite proximo, sed & in vassallo, emphyteuta & marito, & conductore. Facit lex *si merces, §.culpæ, ff.locati*, ibi: *Ipse etiamsi exciderit, non solùm ex locato tenetur, sed etiam lege Aquilia*: *l.duobus, §. colonus, ff. de iureiurand.* vbi de colono cum quo propter succisas arbores agebatur ex locato: *l.in fraudem, §. si conductor, ff. de iure fisci*, vbi de marito: *l. diuortio,*

78

79

§.si

§. *si fundus*, *ff. solut. matr.* tenet in vassallo Iulius Clarus *quæst.* 47. *verbo feudum*: & hæc excisio arborum generaliter fideicommissario, marito, maioratus possessori, conductori ad longum etiam tempus, emphyteutæ, vassallo & fructuario impunè non licet. Tiraq. *de retractu conuentionali* §. 3. *glos.* 1. *num.* 23. 80
idem Iulius Clarus *verbo emphyteusis*, *quæst.* 26. Cæpola *de seruitutibus rusticorum prædior. de montib. num.* 13. Molina *in suo nobili tract. de Primog. Hisp. lib.* 1. *cap.* 22. *num.* 5. quod tamen generaliter intellige ex Tiraq. *vbi sup.* & Ias. *in dict.* §. *si fundum*, *num.* 4. nisi soleant arbores frugiferæ huiusmodi excidi, ac tunc quidem aliæ loco excisarum substituentur; plurimùm enim valet consuetudo prouinciæ & natura, & qualitas arborum; sunt enim eius qualitatis arbores, vt nisi excidantur certis annis, adeo senescant, vt renascantur nunquam; & in hoc nostro Regno oportet robora, castaneásque arbores statis temporibus non dico amputare, sed succidere, quoniam compertum sit, senescere eas, excisas verò germina citiùs emissa propagare: itaque consuetudo loci, cælique 81
temperies, ipsaque natura arborum plurimùm facient, vt vassallus, emphyteuta, reliquique pœnam euitent huiusmodi incisionis. Adde quæ diximus *cap. proximo*, *num.* 32. *& seq.*

Expendit etiam vassallus, quia cùm teneatur dominum defendere, suis 82
sumptibus faciat illud necesse est. Primum probatur per textum *in cap.* 1. *quibus modis feudum amittatur*, *lib.* 1. *tit.* 5. ibi: *Si enim Dominus prælium campestre habuerit, & vassallus eum morantem in ipso prælio dimiserit non mortuum, nec ad mortem vulneratum, feudum amittere debet.* Secundum tenet Iulius Clar. post Alex. *in l. recusare*, §. *si quis alio*, *num.* 10. *ff. ad Treb. in quæst.* 21. *verbo feudum*, & probat textus *in cap.* 1. *de allodiis*, *lib.* 2. *tit.* 54. De profectione & expeditione regis Romanorum Romam, vt Coronam Imperij suscipiat, firmiter statuimus, inquit Federicus, tam in Italia quàm Alemania, vt quicunque indicta publicè expeditione Romam ad suscipiendam Imperij coronam, Regem, aut Subregem Dominum suum non adiuuauerit, aut eundo cum ipso, aut pro quantitate feudi stipendia militiæ persoluendo, si de vocatione legitima à Domino suo conuinci per compares suos poterit, feudum perdat, & Dominus in suos vsus illud habeat redigendi liberam facultatem. Textus *in* §. *firmiter*, *de prohibita feudi alien. per Fed. lib.* 2. *tit.* 55. debent enim feudatarij Imperij, qui ab Imperatore tenent feudum, quales Marchiones, Duces, Comites, & Capitanei, maiores scilicet valuasores, comitari Regem Romanorum, seu Alemaniæ, qui est Rex Italiæ, & Teuthonicorum, *cap.* 1. *de noua forma fidelitatis*, euntem Romam suscipere Coronam & nomen Imperij; nam antea non dicitur Imperator, *l. fin. C. de quadriennij præscriptione*; idemque & valuasini tenentur facere, scilicet, comitari Dominos suos, sequentes Regem Romanorum, idque suis sumptibus, & in omni expeditione id constitutum est *dict.* §. *firmiter*, vel præbeant ad iuuamen alium quem Dominus, vel Rex approbet, aut dimidium redditus vnius anni, quem reddat feudum, *dict. cap.* 1. *de allodiis*, & *dict.* §. *firmiter*, Isernia & reliqui *in dictis locis.*

Expendere etiam aliunde tenetur feudatarius, si feudum hæreditarium ha- 83
beat; nam onera omnia hæreditaria soluit, atque ob eam causam expendit, quod vt pateat, oportet aduertere, feudum aliud esse hæreditarium, idemque

de emphyteusi constituendum est; aliud non hæreditarium, quod obtinere quidem potest is qui prædecessoris emortui hæres non sit, & dicitur feudum ex pacto, & de prouidentia; illud autem nisi hæres prædecessoris non obtinet, quia scilicet concessum sit pro se & hæredibus: alterum verò quod conceditur pro te, & Titio, vel iure Francorum, primogeniis Hispanis simile est. Omnia hæc late fundant nouiores, Pinel. post Afflict. *decisione* 140. *& decis.* 119. *num.* 1. *&* 2. Iulius Clarus *quæst.* 9. & *verb. emphyteusis*, *quæst.* 16. Pinel.
84 *de bonis matern. l.* 1. *part.* 3. *num.* 48. Aluarus Vazquez *quæst.* 43. *iuris emphyteut. num.* 1. *& seq.* Ludouicus Molina *de Primogeniis Hisp. lib.* 1. *cap.* 7. *num.* 3. *&* 4. in dubio autem semper præsumimus feudum hæreditarium, non verò ex pacto & prouidentia, de quo latè Aluarus Vazquez vbi suprà, contra Pinellum: idem Greg. Lopez tenet *in l.* 6. *tit.* 26. *part.* 4. *verbo*, *Lo heredan.* Si igitur feudum hæreditarium sit, & idem de emphyteusi, tenebitur successor, idémque hæres onera hæreditaria subire; quamuis inuentarium solemniter conficiat, quia feudum hæreditas est, & de hæreditate tenetur, & iuxta vires hæreditarias; si verò feudum ex prouidentia sit, aut emphyteusis non hæreditaria, tunc quidem non tenetur ad onera hæreditaria ex feudo, nullo etiam inuentario facto; quia cùm non pertineat ad hæreditatem, nec iure hæreditario ad se pertinet: ita tenent quos suprà citauimus, Iulius Clarus, & Aluarus Vazquez, Isernia *in cap.* 1. *qui suam teneat.* Alex. *cons.* 19. *num.* 18. *lib.* 5. alios effectus tradunt illi, sed iste pertinet ad nostrum institutum: vide ad hæc omnia D. Didac. Couar. *variarum lib.* 2. *cap.* 18. *num.* 4. quæ plurimùm faciunt *ad l. item veniunt*, *ff. famil. hercifcund.* quia emphyteusis ex prouidentia minimè diuidetur pro portionibus hæreditariis, & quomodo facienda sit diuisio emphyteusis; an per commoditatem, an per regiones, an per æstimationem, & quid operentur verba illa, *Y no se pueda partir, ni diuidir, ande siempre en vna sola voz*; que consueuere apponi in emphyteusi: & rursum, an verba illa solita apponi, *Os aforamos a vos y a vuestra muger en vna sola voz, y al que postrero de vos muriere*, inducant ex expresso contrahentium consensu ius accrescendi, an verò non decrescendi, alibi dicemus; non enim pertinet ad nostrum institutum.

85 Meliorationes autem, quas vassallus fecit, in feudo recuperat, finito feudo, vel per generationem finitam, vel aliter, absque dolo & culpa vassalli: ita tenent Scribentes *in* §. *si vassallus*, *hîc finitur lex*, *& incipiunt consuetudines*, *lib.* 2. *tit.* 28. Iulius Clarus *verb. feudum*, *quæst.* 88. Franciscus Hothomanus *in dict.* §. *si vassallus*: recuperabit autem huiusmodi expensas retenta hac opinione, vel exceptione, vel beneficio legis *domum*, *C. de rei vendic.* vel incerti condictione, vt diximus superiùs, habita ratione meliorationum voluptatis, vtilium, & quæ necessariò expenduntur, iuxta regulas superiùs traditas: illúdque æquitatem eam habet, ne dominus ditescat cum aliena iactura, habeátque vassalli substantiam sine causa vlla. Itaque si ædificium erexerit, necesse erit domino vel numerata pecunia redimere. Neque potest dicere dominus, *tolle rudera & saxa*, quamuis id dicat ibi Bald. *in* §. *si vassallus*, si est ædificium vrbanum, sed retinebit, glossa *in dict.* §. *vassallus*, Guido Papæ *decision.* 169. Decius *consil.* 518. *lib.* 4. Idem obseruandum est si pretio seruitutem fundo

fundo acquisierit, vt pretium persoluat dominus, si seruitute vti voluerit: & pro hac sententia, quæ crebriori Scribentium sententiâ recepta est, allegant omnes dictum §. *si vassallus*, quem Iulius Clarus dicit apertum textum pro hac opinione; qui tantùm abest vt apertus sit, vt obscurissimus videri possit attentiùs intuenti, ex illis verbis in fine positis: *Quidam alij dicunt ad Dominum pertinere*; iunctis his quæ adduximus suprà *cap.*9. *num.* 51. Ex quibus videbatur dicendum omnia ad Dominum pertinere, idque verissimè deduci videtur ex textu *in dict.* §.*si vassallus*, vbi Afflict. latissimè, in quam partem inclino adiuncta ratione quæ traditur à nostris Scribentibus *ad l.*46. *Tauri*, quam generaliter plerique intelligunt, cuius rationes omnes faciunt, & suadent posteriorem hanc sententiam, scilicet quod nihil debeatur vassallo nomine meliorationum, ne scilicet detur via & occasio defraudandi Dominum, ne vnquam feudum ad Dominum reuertatur, sumptibus multiplicatis, excrescentibus his in eam quantitatem, quam Dominus soluere nequeat. Quo iure ergo conditores legum Taurinarum nihil nomine meliorationum relinquunt vltimo possessori melioranti maioratus res, nil mirum etsi feudorum constitutiones in feudis id ipsum constituerint, vnde deriuata videtur dicta lex 46. de qua capite sequenti agemus: itaque verius existimamus, feudum melioratum relinquendum Domino, nisi meliorationes eius generis sint, vt sine ruptura auferri possint: & ita intelligendum §. *si vassallus*, arbitramur: de quo superiùs, *capit.* 1. *& seq.* multa: de augmento verò quod contingit in feudo, inferiùs dicemus: item de thesauro à vassallo reperto.

CAPVT XIII.

De marito expendente & meliorante res vxoris, quatenus expensas recuperat.

Notabilia ex capite decimotertio.

1 *An maritus sit dominus rerum dotalium*, & num.2. *quod nomine iuris gentium multa inculcet Accursius.*

3 *Thesaurus inuentus à marito in fundo dotali, diuiditur*, & num.4. *quod fidelitas feudi dotalis sit penes vxorem.*

5 *Releuium quid, & quid nobis sit*, & num.6. *traditur noua opinio de dominio vxoris.*

7 *An soluto matrimonio mulier remaneat domina rerum dotalium*, & num.8. *quod dominium eiusdem rei possit esse apud duos diuersis respectibus*, & n.9. *quomodo dos sit substantia vxoris, & patrimonium.*

10 *Prohibitio alienationis non impedit dominium.*

11 *In Hispania, quæ sint bona lucrata, & quot quærantur vxori quoad dominium & possessionem*, num.12. & num.13. *quod iure communi non reperitur ista*

societas, & num. 15. *agitur de lege* 14. *Tauri*, & num. 16. *ratio* ad d. l. 14. & num. 17. *quæ sunt lucra quæ reseruanda sunt filiis.*

18 *Maritus quantum possit alienare hæc lucra*, & num. 19. *& donare possit*, *&* num. 20. *an possit legare.*

21 *An mulier in parte sua lucrorum habeat hypothecam, sicuti in mariti*, & n. 22. *quod possit quis in re sua habere hypothecam.*

23 *Expensas ad alendam vxorem quatenus vir præstet, & de ægrotante vxore*, & num. 24. *de expensis vestimentorum*, & n. 25. *de expensis funeris vxorij*, & n. 26. *de expensis faciendis cum vidua.*

27 *Maritus soluit tributa, & pensiones*, *& collectas*, & num. 28. *si maritus non soluat pensiones rerum dotalium, an res dotalis pereat commisso*, & n. 29. *& quod maritus tenetur de dolo & culpa.*

30 *Prælatus quid quantumque noceat Ecclesiæ, vel delinquendo, vel omittendo*, remissiuè.

31 *Quot, quantumque pater noceat filiis in emphyteusi, omittendo vel delinquendo*, & num. 32. *quid in feudis* remissiuè, *&* num. 33. *an pater renuntiando emphyteusi, vel feudo noceat filiis*, remissiuè.

34 *Ad maritum pertinet periculum nominum dotalium*, *&* num. 35. *agitur de lege* si extraneus, §. sed si pater, ff. de iure dotium, *&* num. 36. de l. 15. tit. 11. part. 4.

37 *Cuius expensis fiat hæc exactio nominum dotalium, &* num. 38. *parua & magna expensa respectu dotis accipienda est.*

39 *An maritus suis sumptibus tueatur castrum dotale, &* num. 40. *traditur ratio* ad l. cum quæreretur, §. prædij, ff. de legat. 3.

41 *Ædificia erecta in solo alterius coniugis, cui cedant.*

42 *Vinea plantata in solo alterius, cui cedat.*

43 *De meliorationibus factis in solo maioratus alterius: agitur de lege* 46. *Tauri, &* num. 44. *quod dicta lex* 46. *habeat naturalem iustitiam, quæ potuit mouere eius conditores.*

45 *Dispositio legis* 46. *generaliter accipienda est in omni re maioratus, &* n. 46. *quod habeat locum in omni genere maioratuum, etiam in Capellis, & anniuersariis.*

47 *Dispositio dicta legis* 46. *non impedit abrasionem eorum quæ abradi possint, nisi æstimatio offeratur.*

48 *Dispositio dicta legis* 46. *non impedit repetitionem dotis, si à marito tota, vel ex parte consumpta sit in meliorationibus.*

49 *Quæ dicatur necessaria expensa in re dotali, & quid iure nostro.*

50 *Si maritus leget vxori dotem suam, an videatur remisisse deductionem expensarum.*

51 *Maritus litiganti secum vxori an præstet expensas: quid si indotata, &* numero 52.

53 *Pupillus agens querela inofficiosi, an sit alendus, & quomodo*, remissiuè.

54 *Diues litigans cum paupere, an præstet ei expensas*, remissiuè.

55 *Priuatus agens ad vtilitatem publicam, an habeat expensas ex publico.*

56 *Mulier de adulterio conuicta, an habeat expensas à viro.*

57 *Maritus*

57 *Maritus an habeat ius retentionis in rebus melioratis, vel in rebus dotalibus propter sumptus & expensas & meliorationes factas.*
58 *Maritus an compenset fructus cum expensis & meliorationibus.*

Aritus quoque suam particularem habet iuris rationem, ad expensas & meliorationes in rebus vxoris factas consequendas, quoniam variè expendit, varieque meliorat; idque argumentum variè tractarunt Iureconsulti, vnde ad cæteros qui expendunt, solent argumenta deduci, per totum Digestum *de impensis in rebus dotalibus factis:* nos verò licèt hæc probemus, quæ reprobari non possunt, tamen aliunde deducenda argumenta arbitramur, quæ suadeant repetendas vel recuperandas expensas, inuenta semel vera ratione rerum dotalium penes maritum: hæc enim ferè vniuersa tradita à Iureconsultis aperit, ac subinde recuperationem expensarum & meliorationum suadet, vel dissuadet; quamuis enim vulgò sic acceptum sit, vt maritus rerum dotalium verè sit dominus, cuius opinionis author Accursius est *in l.in rebus, Cod.de iure dotium*, quem ve- 1
luti ducem antesignanum sequuntur cæteri; ita tamen vt licèt dominus sit aliquando, tamen restituturus sit dominium illud, quasi dominium illud sit reuocabile; quod sensit Bald. *in dict. l.in rebus*, & Bart. *in l. diuortio*, §. *si fundum, ff.solut. matrim.* vbi Ias. & Alex. quam tamen opinionem duo Imperatorum responsa comprobare videntur, *l.si prædium*, 23. *Cod. de iure dotium*, ibi: *Cùm rei tibi quæsitæ dominium auferre nolenti minimè potuerit.* Facit etiam lex *doce ancillam, Cod.de rei vendic.* quæ vulgaris ad hoc est, & notissima, neminique non est in ore: ex aduerso pugnat textus *in l.in rebus, Cod. de iure dotium*, vbi Imperator ita inquit: *Cùm eædem res, scilicet dotales, & ab initio vxoris fuerint, & naturaliter in eius permanserint dominio; non enim quod legum subtilitate transitus earum in patrimonium mariti videatur fieri, ideo rei veritas deleta vel confusa est.* Qui textus apertus est: quod autem glossa ibi interpretatur *naturaliter*, id est, iure gentium, ferè nullam interpretationem habet, ex 2
his quæ notauimus suprà *cap.* 3. *num.* 14. *&* 15. *& seq.* vt enim ibi diximus, illa iuris gentium disputatio viros doctissimos sæpè decepit, dum in illis verbis secretius quicquam subesse existimant. Secundò contra communem est textus *in l.si constante*, §. *si maritus, ff.solut. matr.* ibi: *Attamen sæuitia quæ in propriis culpanda est, in alienis coercenda est, hoc est in dotalibus.* Hæc Vlpianus, qui res dotales respectu mariti alienas vocat. Tertiò est textus *in l.assiduis, Cod.qui potiores in pignore habeantur*, vbi constitutum est, maritum ex sua substantia, non ex dote mulieris debere creditoribus satisfacere, & separantur ibi res, quarum maritus est dominus, à rebus dotalibus, ibi: *Oportebat enim disponi, maritos de substantia sua creditoribus suis satisfacere, de mulieris autem dote minimè.* Quartò facit textus *in l.denique*, §. *sed vtrum, ff. de minoribus*, vbi, quod dos est proprium patrimonium vxoris. Ex quibus videtur, quod maritus fictione potiùs iuris, quàm reuerà sit dominus rerum vxoris; nec enim veritas deleri potest figmento iuris, *dict. l. in rebus:* quod & suadetur, quia rei suæ quilibet est moderator & arbiter, *l.sed et si lege*, §. *consuluit, ff. de petitione hæreditatis, l.in re mandata, Cod.mandati, l.nemo, Cod.de Iudæis:* maritus autem 3

4 dote abuti non potest, *l.si cùm dotem*, §.*in sæuissimo*, *ff.soluto matrimon.* Præterea thesaurus inuentus à marito in feudo dotali diuiditur, quasi (inquit Iureconsultus) in alieno inuentus: quin & illud facit, quia fidelitas feudi dotalis residet penes vxorem, non apud virum: quod probat Molinæus §.25. *num.2. tit.1.* vnde difficilis redditur constitutio illa Parisiensis, quod si vassalla nubat, releuium debeatur patrono; videbatur enim contrarium dicendum ex his, quia dominium vtile, & fidelitas resident penes vassallum; ideoque cùm non sit apertum feudum propter maritum superuenientem, respondendum erat, releuium non deberi.

5 Est autem releuium munus honorarium, quod nouus vassallus patrono introitus causâ largitur, quasi morte alterius vassalli, vel si aliquo casu feudum ceciderit, vel apertum sit, quod appellarunt veteres introitum, *l. his verbis*, §.*alumno*, *ff.de legatis tertio*, ibi: *Et cùm per ætatem licebit, militiam illam cum introitu comparari volo.* Et nostro nomine hodie vocamus *Entrada*, quæ datur cùm emphyteusis vel renouatur, vel de nouo conceditur: distinguitur à quinquagesima pretij parte, de qua *in l.4. Cod.de iure emphyteutico:* ob eam causam illa Parisiensis constitutio videtur contra rationem, quia vassalla ex his quæ diximus, retinet vtile dominium feudale, & fidelitatem, nec videri potest feudum apertum, vbi releuium debeatur, & sunt addenda hæc Carolo: leuiter enim ab eo attinguntur, potueruntque adduci conrra illam constitutionem quæ contra maritum adducta sunt, vt dominus rerum dotalium videri non possit.

6 Tenent igitur ex his fundamentis nouiores homines non vulgariter eruditi, dominium rerum dotalium reuerà permanere apud vxorem, figmento verò iuris esse apud maritum, ad eos duntaxat effectus, quos ius explicuit; ad effectus verò iure non expressos, non attendi fictum illud dominium, Duarenus *in rubrica ff.soluto matrim.* Corasius *miscell.lib.5.cap.*14. Balduinus *in principio quibus alienare liceat, vel non, Institutis*, & *in l. naturaliter*, §.*nihil commune*, *ff.de acquir.possess.ex num.*33. Zazius *intellectuum singularium lib.2.cap.5.* incipit: *Declaratio*, *l.in rebus*, & quæ ibi tractantur, *Cod.de iure dot.* Tenent etiam alij, quos refert Pinellus *in l.1. Cod.de bonis mat.part.3. num.13. ad fin.* qui omnes respondent, iura omnia quæ dominium concedunt marito rerum dotalium, intelligenda esse de dominio ficto, non verò ad effectum, vt maritus agat, vtque re fruatur subiturus onera matrimonij: ita intelligunt dictam legem *si prædium*, *l.dote*, *l.quæ dotis*, *Cod. de iure dotium*, *l.dotis*, *in fine*, *cum l.seq.ff.eod.l.Pomponius*, §.*in dotem*, *ff.de acquir.possess.* Itaque retenta hac opinione cessat inuestigatio illa, an soluto matrimonio mulier fiat domina re-
7 rum dotalium sine noua traditione: planè si ipsa semper naturaliter retinuit dominium rerum suarum, nec maritus verè, sed fictè fuit dominus, *ex dict. l.in rebus*, profectò nulla traditio necessaria est: contrarium autem resoluebat Nouellus *tractat. de dote*, *part.8. priuileg.8. num.1.* Alexand. *in l. 3. num.6. in princip.* ibi: *Nam hodie*, *ff.solut. matrim.* Ad legem *doce ancillam*, *Cod. de rei vendicatione*, respondent ibi, non tam concedi viro dominium, quàm ius & facultatem agendi, & exercitium actionum; turpe enim videri poterat, marito tacente, vxorem causam dicere; & cùm vir domi sit, vxorem in foro versari,

ri, commutato officio. Simile eſt, quod pater agit pro rebus filij, quem in poteſtate retinet, cùm filius earum dominus ſit; quod Pinellus *vbi ſuprà* expendit *num.* 14. Ita conſtituunt nouiores dominam verè eſſe vxorem, maritum fictè habere dominium ad effectus iuris, vt agat, vt conſeruet, vt fruatur, ne ipſe, néve vxor ipſo inuito alienet, vt commodiùs onera ſubeat matrimonij. Quod & Ludouicus Molina ſentit *lib.* 1. *de Primogen. Hiſpan. cap.*22. 8
*num.*6. aitque tolerari dominium apud duos diuerſis reſpectibus, ex Bald. *in l.in rebus, num.6.in fin. Cod.de iure dotium.* Paulus *in dict. l.doce ancillam, Cod. de rei vendicat. num.*1. alios refert Pinellus *vbi ſuprà*: hæc autem nouior interpretatio accipienda eſt, licèt nullus eorum id dicat in bonis quæ mulier ipſa habebat antequam nuberet; tunc enim ipſa naturale dominium habet, maritus autem ciuile & efficax ad agendum: cùm enim tradiderit ipſa, ita tamen vt aleretur, vtque neceſſaria omnia ſibi cum victu, alimentiſque præſtarentur, profectò in illa traditione tam ſibi conſuluit, quàm marito; neque omnino bona illa à ſe alienauit, quæ vitæ quadam communione communia eſſe voluit. Nec mirum ſi naturaliter domina ſit eorum bonorum, quæ omnino aliena minimè eſſe voluit. Vnde duplex inſurgit illud dominium duplici reſpectu: probat mihi textus expreſſus *in dict. l.in rebus*, quem textum vocat nouæ opinionis Zazius ſcipionem, & anſam, cui ipſe inhæret in illis verbis, *cùm eadem res & ab initio vxoris fuerint*: cætera autem iura, quæ vocant dotem patrimonium vxoris, *dict.l.ſed vtrum*, §.*ergo*, *aliàs l.*3.*ff.de minoribus*, alibi ſubſtantiam vxoris, *dict. l.aſſiduis*, alibi vocant aliena bona reſpectu viri, *dict.*§.*ſi maritus*; variè exponuntur à Doctoribus, & facilem habent reſponſionem, vndecumque proficiſcantur bona dotalia; ſemper enim reſpectu vxoris & vxori dantur accipiente marito; ideò ſubſtantia & patrimonium vxoris eſt dos, qua ipſe viuit & ſuſtinetur, ſicuti ſubſtantia & patrimonium filiorum 9
bona paterna ſunt, licèt ipſorum pater & naturalis, & ciuilis ſit dominus: vnde in hoc caſu accipiendum eſt quod diximus, ſoluto matrimonio non indigere vxorem traditione, ad recuperandum dominium, quia cùm ipſa dotem ex rebus ſuis conſtituerit, quarum à principio domina erat, naturale illud dominium ſemper retinuit: at verò ſi pater, frater, aliuſve dotem conſtituat & tradat, cùm ipſa à principio dominium eorum nunquam habuerit, nullum dominium retinet, neque naturale, etiamſi ſubſtantia ipſius ſit, & patrimonium, quia ex ipſis alatur & ſuſtineatur, quia propter traditionem, quæ facta fuit marito, mariti fiunt, *l. traditionibus, C.de pactis*, ex ratione dictæ legis *in rebus*: quo caſu neceſſaria eſt traditio ſoluto matrimonio, & ad alia quotidiana opportuna hæc inueſtigatio eſt; & hoc caſu neque naturale dominium apud vxorem eſt, ſed totum apud maritum, conſtante matrimonio, cum communi & recepta ſententia.

Neque interdicta marito alienatio rerum dotalium quicquam pertinet ad 10
dominium; diuerſa enim ſunt, neque mutua fit illatio inter diuerſa, cùm iure conſtitutum ſit, vt in plurimis iuris partibus verè dominus non alienet, rurſumque alibi alienet, non dominus, vt iniqua argumentatio illa ſit, Dominus eſt: ergo alienat; peſſimaque illa collectio eſt, Alienat: ergo eſt dominus. Primum vel in ipſo marito perſpicitur, in tutore, Sacerdote, quibus ex cauſa alienatio

alienatio conceditur, dominium denegatur: sed elegans est exemplum nostro iure Hispano in his, de quibus agimus, marito & vxore; satis enim constat, ex iuris nostri dispositione bona omnia lucrata constante matrimonio com-
11 munia esse mariti & vxoris: bona autem lucrata vocamus non secundùm statuta Italiæ, quæ vir ab vxore, vel vxor à viro lucratur; sed quæ constante matrimonio rebus amborum accrescunt, de quibus Suarez, & ibi textus *in lib.* 1. *tit. de las ganancias del marido y de la muger*, *lib.* 3. *fori leg.* Antonius Gomez *in l.*50. *Tauri*, *num.* 69. & alij, quos ipsi referunt, & sunt plura alia Hispana iura, quæ Ioannes Lupus de Palacios Rubios & alij referunt *in repet. c.per vestras*, *folio* 46. *& folio mihi* 27. Segura *in repet. l.* 3. §. *fin. ff. de lib. & posthum.* Couarr. *in* 4. *part.* 2. §. 1. *num.* 5. *& seq.* & *in cap.* 3. *num.* 7. & 8. aliqua Pi-
12 nellus *in l. vltima*, *C. de bonis maternis*, *num.* 2. quod adeò verum est, scilicet, hæc quæ constante matrimonio acquiruntur, marito, & vxori esse communia, vt scilicet vxori illico etiam constante matrimonio, lucratorum pro sua parte dimidia dominium, & possessio competat, quod quidem tenet Antonius Gomez *vbi suprà*, post Seguram, & Palacios Rubios, ex singulari intellectu legis 47. *tit.* 28. *parte* 3. qui videtur textus expressus; licèt enim in societate olim omnium bonorum, vel partis bonorum, socij efficerentur domini & possessores rerum societatis, *l.* 1. *&* 2. *ff. pro socio*, ibi: *Quia licèt specialiter traditio non intercedat, tacitè tamen creditur interuenire*, vbi gl. & Bart. id no-
13 tant, tamen id receptum erat in bonis, quæ in societatem conferebantur tempore contractæ societatis, in rebus verò adauctis post societatem initam diuersum erat; non enim fiebat id quod accedebat statim sociorum, sed iudicio societatis bene communicabatur, *l. si quis societatem contraxerit*, *ff. pro socio*, vbi glossa & recepta tenet opinio: quod tamen hodie ex dispositione dictæ legis 47. videtur correctum, cuius verba sunt. *Otrosi dezimos, que quando fazen los homes compañias entresi, poniendo que todos los bienes que han o ganaren dende en adelante, que sean comunalmente de todos los compañeros, que luego que tal compañia ayan fecha, e firmada, e otorgada entresi, que passa el señoria de todas las cosas que cada dellos ha a los otros tambien, como si vnos a otros se ouiessen apoderado en todos los bienes que ouiessen corporalmente.* Hactenus de bonis quæ socij habent tempore contractæ societatis; de lucratis verò post societatem initam subdit textus *in fine*: *Otrosi dezimos, que toda la ganancia que qualquiera dellos faga, que el señorio della passa à los otros, tam bien como si cada vno dellos la ouiesse fecho.* Et hanc dicit Suarez importantissimam pro hac opinione, & ex ea corrigi ius ciuile putat Antonius Gomez, & Palacios Rubios, & vxor domina est suæ partis, & verè eam possidet ex dispositione illius legis; quia quantùm attinet ad lucra, societas contracta est vniuersalis inter coniuges, quæ descendit ex societate coniugali, obtinetque locum in lucris, ex particulari nostri iuris dispositione, *l.* 1. *&* 3. *tit.* 3. *lib.* 3. *fori leg. l.* 14. 15. *&* 16. *&* 60. inter leges Tauri.

14 Constabat enim iure communi non ita fuisse inductam hanc communionem & societatem in bonis quærendis constante matrimonio; quod tenet Ioannes Lupus de Palacios Rubios *in repetit. rubr. de donation. inter vir. & vxor.* §. 62. *num.* 4. *&* 5. Chassan. *in consuetudin. Burg. rubr.* 4. §. 2. *num.* 16. Couarr.

in

in 4.§.1.*partit.*2.*cap.*7.*num.*5. qui respondent, & optimè ad fundamenta eo-
rum, qui iure communi existimabant inductam societatem, & communio-
nem bonorum acquirendorum constante matrimonio, scilicet *cap.*2. *de dona-
tionibus inter vir. & vxor.* Vbi quæsita marito & vxori communia, ex pecunia
communi processerunt; nos verò aliam societatem inquirimus, quæ quæsita
& lucrata faciat communia, etiamsi id augmentum procedat ex pecunia & in-
dustria alterius duntaxat coniugis, quam nostrum ius agnoscit, & vberiùs &
pleniùs Lusitani & Galli. Igitur illa pars defertur vxori, ipsaque verè domina
fit dimidiæ partis eorum bonorum, quæ propter societatem coniugalem ad ip-
sam incipiunt pertinere. Talia enim sunt hæc bona lucrata, vt censeantur la-
bore & industriâ vtriusque quæsita; ideoque vterque coniux suæ partis verè
est dominus, verum dominium obtinet, & de parte sua liberè disponere po-
test vt velit, etiamsi ad secundas nuptias transvolet. Nihil enim horum te-
nentur reseruare filiis eius matrimonij, in quo lucrata & quæsita sunt, *l.*14.
Tauri, quæ intelligenda est de viro, & vxore; item & de parte dimidia, quæ 15
alteri competit, vt vir in secundo matrimonio de parte sua lucri quæsiti in
priori matrimonio disponere possit; item vxor de sua parte, non verò vt ma-
ritus possit disponere de vtraque parte postquam matrimonium solutum est,
quo constante lucrum illud quæsitum est; quia tunc adempta est facultas alie-
nandi pro ea parte quæ vxoris erat: ita intelligunt dictam legem 14. Palacios
Rubios *ibi*, & Couarr. *in* 4. *cap.*3. §.9. *num.*8. etiamsi Castillo subobscurè re-
ferat illam legem *ad l.*4.*titul.de las ganancias*, *lib.*5.*Ordin.* quæ est lex 5.*titul.*9.
*lib.*5. in recollectione nouarum legum: illa enim aliam habet rationem, de
qua statim; quod pertinet ad lucra, maritus & vxor iuris nostri potestate so-
cietatem contrahunt, ex qua descendit, vt lucra constante matrimonio quæ-
sita vtriusque fiant quoad dominium & possessionem: vnde mortuo alterutro
ex coniugibus, lucra cum reliqua hæreditate transferuntur ad hæredes emor-
tui, & vxor superstes quoad illa nihil expectat ab hærede mariti, cùm ipsa par-
tem suam rectè possideat, cuius verè domina est.

Faciebat autem difficultatem *ad dict.l.*14. *Tauri*, quia si alter ex coniugibus
transvolaret ad secundas nuptias, reseruare filiis debebat quicquid acquisiisset 16
lucri nomine, constante illo matrimonio, in quo filij illi geniti essent, vnde
interdicta videbatur alienatio, quæ permittitur *in d.l.*14. ex dispositione legis
fœminæ, *Cod. de secundis nuptiis*, quod in viro receperant gloss. & Bart. ibi,
cuius opinio comprobata est *ex l.*15. *Tauri*, & videbatur constituta *in l. gene-
raliter*, *Cod.de secundis nuptiis.* Illa tamen omnia locum habebant in his, quæ
ad maritum pertinebant, ex dote, vel bonis vxoris præmortuæ, vel ad vxorem
in bonis mariti præmortui, ex conuentione, & pactis conuentis, vel ex for-
ma contractus coniugalis; in quo quoque idem respondendum erat, si ex dis-
positione legis, non solùm ex dispositione partium contrahentium, contin-
geret lucrum alteri coniugi ex bonis alterius; hæc erant & sunt lucra reser-
uanda filiis. Ioannes Lupus de Palacios Rubios *in rubr. de donationib. inter vi-
rum & vxorem*, §.50.*num.*35. Couarr. *in* 4.*part.*2. *cap.*3.§.9.*num.*6.*versic.Tertiò* 17
hinc apparet. Istud tamen non poterat extendi, nec intelligi in his bonis, de
quibus agimus, quæ lege regia deferuntur ad coniuges, acquisita constante

matrimonio, non ex bonis alterius, sed aliunde labore & opera, & industria particulari; idque meritò constitutum est *dict. l.*14. vt nihil de his reseruaretur, sed liberum esset vendere partem suam: & ita responderat Palacios Rubios *ad dict. l.*14. *dict. num.*35. & notarat Ripa *dict. l. fœminæ, num.*45. *&* 43. Antonius Gomez *in l.*50.*num.*74. & alij *in dict.l.*14.

18 Quin immò maritus potest hæc lucra alienare, & vendere integra, etiam pro parte vxoris, si alienatio fiat constante eo matrimonio, quo lucra quæsita sunt, *dict.l.*4.*tit.de las ganancias, lib.*5.*ordin.* Idque habet locum, siue alienatio fiat titulo oneroso, siue lucratiuo, donationis nempe: idque resoluit Anton.Gom. *dict.l.*50. *num.*73. ex pluribus fundamentis contra Rodericum Suarez, & Palac. Rubios, qui existimabant non posse maritum donare, & malè: ex quibus mulier non potest petere dimidium eorum, quæ maritus expendit ludens, scortans, vel quid aliud committens; lex enim quæ alienationem concedit, omnem viam concedit, & omnem actum, ex quo sequatur dominij translatio, quæ est vera alienatio, *l.fin.Cod.de reb.alien. non alienandis*, *l.*1. §. *fin. Cod. de fundo dotali:* vide Molinam temperantem has duas opiniones, *de primogen. Hispan.lib.*2. *cap.*10.*num.*96. qui magis accedit Antonio Gomez:

19 quod quidem sanè intelligendum est, si contrahendo disponat vir, secus verò si delictum committat, ex quo confiscatio sequitur, vel imponenda à iudice, vel ipso iure propter delictum commissum imposita; nam tunc mulieri nihil peccat maritus: licèt enim liberè possit disponere de his lucris quo diximus modo, delinquendo tamen sibi, non vxori nocet. Libera enim administratio concessa alicui, vt alienet, non extenditur ad alienationem, quæ consequitur delictum, *l.* 3. *Cod. de bonis proscriptorum.* Iason *in* §. *actiones*, *Institut. de actionibus*, *num.*62. istudque constitutum nobis est *in l.*77. *Tauri*, vbi Antonius & reliqui. Dolus enim & dolosa administratio minimè concessa intelligitur in generali & libera concessione administrationis, Bart. & Paul. *in l. si sic*, *ff.de legat.*1. Iason *in l.qui Romæ*, §.*duo fratres*, *ff.de verb.oblig.num.*75.*l.creditor*, §.*Lucius*, *ff.mandati.*

20 Ex quibus quoniam dicimus vxorem verè dominam lucrorum, quæ fiunt constante matrimonio, licèt vir constante eo matrimonio alienare possit ea lucra, tam pro parte vxoris, quàm pro sua, sequitur vt vir possit quidem constante eodem matrimonio bona immobilia lucrata prælegare in præiudicium vxoris, atque ipsa vxor ex aliis bonis accipiet partem illam, quam in prælegato habebat, dimidium verò prælegati certè retineri non poterit; habet enim liberam constante eo matrimonio dispositionem vir, quæ hoc casu id saltem obtinebit, vt refuso damno vxori res lucrata ad eum pertineat, cui à viro prælegata & relicta sit; tale enim legatum rectâ viâ moriente viro ad legatarium transiit, *l.à Titio*, *ff. de furtis:* & licèt post mortem incipiat pertinere ad legatarium, tamen retro fingitur pertinuisse, & reuerà moriente viro cœpit obtineri, ex Bart. *in l.*1.*num.*17. *ff.de vulgari.* Verbum enim *cùm moriatur*, vtrumque extremum, finem vitæ, & mortis initium obtinere creditur, *l.qui duos*, §.*hæc conditio*, *ff.de manumissis testam.* Aulus Gellius *lib.*6.*Noctium Atticarum*, *cap.*13. Præterea & in secundo matrimonio vir, seu soluto priori, potest inuitis filiis prioris matrimonij vxoris hæredibus partem lucrorum, quæ ad

ad ipſos pertinet, alienare, non ſolùm ex teſtamento, ſed & per contractum, quia id iure noſtro ſibi licet, *l.24. tit.13. partita 5.* nec filij reuocabunt id legatum, vel alienationem, ſi aliunde ex bonis parentis habeant vnde ſibi conſulere poſſint, vt damnum reſarciant ſuum. De qua lege vide D. Couarr. *variarum lib.1.cap.8. num.5.* quæ nihil conuenit cum iure Cæſareo *in l.1.Cod. de bonis matern.* vbi alienatio interdicta eſt, ob idque nullus locus excuſſioni relinquitur: noſtro autem iure excuſſio admiſſa eſt, & alienatio patri permiſſa, vnde non ineptè dicimus, virum alienare poſſe, etiamſi filij vxoris hæredes renitantur, quibus ex aliis bonis parentis conſulendum eſt. Quæ interpretatio quotidiana eſt, cùm parentes quotidie legent prædia aliqua lucrata, filiique ſæpè nolunt partem ſuam prædij remittere, aiuntque illa bona ad ſe pertinere pro dimidia, nec parenti in vltima voluntate, niſi de ſuo patrimonio eſſe adminiſtrationem & liberam diſpoſitionem conceſſam; vnde ſæpè nituntur habere bona illa lucrata, nihilque morantur ſi ex aliis bonis legatum ſuppleatur, vel in pecunia, dum tamen à ſe ea ſpecie non auferantur: ex his autem videbatur valere legatum illud, dum filiis aliunde damnum reſarciatur; ſed alij omnino cenſent reſpectu vxoris, & filiorum eius, virum minimè poſſe relinquere integrum fundum lucratum, cenſentque omnino filios, vel vxorem retenturos, ſi velint, partem ſuam, tanquam dominos, quæ aliunde in pecunia ex bonis mariti ſuppleatur legatario: quorum fundamentum eſt, quia veri domini ſunt, & diſpoſitio permiſſa alienandi ſit conſtante matrimonio, *ex dict. l.Ordinamenti*, cùm legatum ſit diſpoſitio de eo quod fieri quis vult poſt mortem ſuam; ob idque magis ſentiunt, inuitis filiis aut vxore non poſſe legatarium conſequi partem fundi legati, atque lucrati conſtante matrimonio, quæ vxoris aut filiorum eſt pleno iure; etiamſi pars illa legata tanquam res aliena ſcienter aliunde ſupplenda ſit, iuxta §. *non ſolùm, Inſtitutis de legatis*, quæ difficultas in vxore renitente admittenda eſt, in filiis non item, propter generalem diſpoſitionem dictæ legis 24. *titul.* 13. *partit.5.* Atque in iure minùs difficultatis erit, ſi quis cum Roderico Suarez contra Antonium Gomez, de quibus ſuprà, teneat, alienationem lucratorum permiſſam marito conſtante matrimonio, non extendi ad donationem, ſi maritus donare velit: tu cogita, quotidiana enim quæſtio eſt, cùm quotidie viri legent huiuſmodi lucra, & iubeant vt antiquís dominis reuendantur; vxor verò & filij ſæpè renuunt, quibus particularis affectio eſt rei lucratæ, & in diuiſionibus bonorum frequens quæſtio eſt.

Præterea illud quotidianum eſt, & non ſemel ex facto agitatum, quoniam bona lucrata omnia fiunt vxoris & mariti, & verè mulier ſuæ partis domina eſt propter legem Partitæ, quam ſuprà adduximus, & receptiorem ſententiam, vt maritus alienatis à ſe huiuſmodi bonis lucratis, ære alieno oppreſſus, ad ſummam inopiam redactus verſuram faciat, diglutita aliena pecunia; ac tunc quidem vxor ad poſſeſſores recurrit bonorum, quæ mariti fuerint, ex obligatione, vel hypotheca, quibus affecta bona illa ſunt, cum qua ad particulares poſſeſſores peruenerunt; petitque vt bona illa lucrata, conſtanteque matrimonio alienata, tradantur ſibi obtinenda iure pignoris & hypothecæ, quovſque dos ſibi conſumpta refundatur; ſi poſſeſſores dotem perſoluere re- 21

nuant, possessores istorum bonorum, quæ lucrata fuerunt constante matrimonio, & in se translata, aiunt dimidium illorum bonorum, quod mariti fuerit, paratos se esse ex hac causa restituere vxori; dimidium verò, quod ipsius vxoris, non debere se restituere, quoniam vxor agat hypothecaria, quæ nulla esse potest in bonis ipsius vxoris, sed in bonis mariti bene admittendam esse, *l. neque pignus, ff. de reg. iuris, l. si rem alienam, ff. de pignor. action.* Ex facto semel agitata est hæc quæstio, pronunciatumque noui totam rem lucratam
22 tam esse restituendam vxori, vt retineat iure pignoris, quia potest quis etiamsi dominus sit, habere hypothecam in ea re, cuius dominium obtinet, si dominium illud reuocabile sit, secus verò si irreuocabile, *l. in bello, §. si quis seruum, ff. de cap. & postliminio reuers.* iuncta *l. Senatus, §. fin. ff. de legat.* 1. ibi, *& proficiet legatum ad liberationem vinculi pignoris, quod in eo habet qui redemit:* vbi glos. *verb. pignoris.* Cum enim seruus redemptus ab hostibus fiat redemptoris, cùm tamen dominium illud sit reuocabile, offerendo pretium redemptionis antiquo domino, redimens, dum antiquus dominus offert, habet dominium serui, & in eo hypothecam, quoniam dominium illud sit reuocabile; quo pacto & mulier habebit hypothecam rei suæ, cùm dominium illud fuerit reuocabile propter liberam dispositionem concessam marito, qui constante matrimonio alienauit: quæ ratio magis fouetur ex dispositione legis *in rebus, C. de iure dotium*, vbi strictiùs mulieri in re propria, cuius verè domina est, hypotheca conceditur, & ibi notat Bald. *num.* 9. Bart. & Angel. relati per Dec. *in dict. l. neque pignus*; vix tamen applicari hæc possunt nostræ quæstioni, quia hæc argumentatio id tantùm obtinet, vt in re propria, cuius dominium reuocari potest, possit constitui hypotheca domino: egregia limitatio *ad dict. l. neque pignus*; at verò quod mulier habeat in suis lucris iustam hypothecam, quam ex iuris dispositione habere potuit propter dominium reuocabile, nullibi scriptum reperio; extendere autem hypothecam à rebus dotalibus, vel à rebus mariti, ad hæc lucra, siue subsit fortior, vel infirmior ratio, certè non licet, quia hypothecam vel facto hominum, vel iuris dispositione constituimus, non verò extendimus: quare stricta iuris dispositione & vera credo, quod particularis ille & tertius possessor securus sit, quantum pertinet ad lucra quæ mulieris fuerant: tu cogita, quotidianum est.

23 Expensarum ergo, quas maritus hic, de quo agimus, facere tenetur (vt de his semel definiamus, antequam ad meliorationes rerum dotalium deueniamus,) prima ratio est, quæ fiunt in alenda vxore, siue sana, vel valetudinaria sit, de quibus expensis iam nobis superiùs actum est *cap. 4. num.* 24. & *cap.* 3. *num.* 44. quatenus vxor ægrotans sit medicamentis succurrenda, an sit locus distinctioni magnæ vel paruæ quantitatis, & an vir conseruet sibi in diuisione bonorum medicamenta erogata in vxorem, si dotem excesserint, ex Paul. *in l. quod vxorem, C. de negot. gestis*, vide ibi.

24 Expensas quoque illas attigimus superiùs, quæ faciendæ sunt cum vxore respectu vestimentorum, quàm splendidè vir teneatur vestire vxorem, suprà *capit.* 4. *num.* 38. vbi traditur distinctio illa vestium quotidianarum, & earum quæ pretiosiores sunt; & cur illæ donatæ intelliguntur, hæ verò minimè. Vide ibi.

Expensas quoque funeris attigimus, quas facere tenetur vir, *dict. cap.8. num.* 24. *& num.*42. *& num.* 47. latè, vbi quomodo vxor pauper funeretur a viro, quid de locuplete & diuite, quis conueniendus sit ob eam causam, & an de dote, an de bonis extra dotem. 25

Expensas quoque illas attigimus, quas vidua expectat ab hæredibus viri præmortui intra annum luctus, *dict. cap.* 8. & quæ vestes sint viduæ præstandæ, *num.*29. nunc verò ad alias expensas, quas maritus facere tenetur, properandum est, vt topica quædam hæc nostra disputatio videatur, si quis sedes proprias, & loca, in quibus expensæ reperiantur, requirat, vt repertis his eloquentiùs & copiosiùs ab aliis tractentur; hæc enim mihi ipsi scribo, vt meipsum erudiam, non vt doctis eruditionis ex his accessionem expectem. 26

Expendit ratione fructuum maritus, quos lucratur, quia tributa soluit & pensiones rerum dotalium, quod, vt diximus de vsufructuario, & feudatario, generale est in omni possessore rei, qui fructus percipit, vt scilicet ad tributa & pensiones teneatur. Afflictis *in lib.*4.*feudorum, tit.de prohibita feudi alienat. per Federicum*, §. *præterea ducatus, num.* 53. & *decisione* 252. *numero* 2. & in expresso ita tenet Alexand. *in l. nec stipendium, ff. de impensis in rebus dotalib. factis*, apud Bart. idem Bart. & glos. *in l. vna, C. de muneribus, & in quo loco munera, lib.* 10. Platea *in l.*1. *C. de annonis, lib.* 10. textus elegans *in l. nec stipendium, ff. de impensis in rebus dotalibus factis*, ibi: *Onus enim fructuum hæc impendia sunt*. Tenet Pinellus *dict. l.*1. *C. de bonis maternis, parte* 2. *num.* 72. Aluarus Vasquez *quæst.*17. *num.*2. 27

Quod extendendum est ad collectas, vt maritus ex hac quoque causa expendere teneatur, nihil expectans ab vxore, cùm ipsa dotales res tradens, his oneribus non solùm realibus, quæ rem sequuntur, satisfecisse videatur, sed personalibus etiam. Bart. *in l. quæro, ff. de vsufructu.* Bald. *in l.*1. *C. de annonis & tribut. lib.* 10. *num.* 5. & *in l.*1. *num.*5. *C. de iure emphyt.* Alexand. *consil.* 148. *lib.*6. *num.*3. Matthæus de Afflictis *lib.* 3. *feudorum. titul. quæ sint regalia*, §. *Plaustrorum, num.* 40. Itaque expendit maritus eo nomine tributa, & collectas soluens, quæ insunt rebus dotalibus, vel propter res dotales imponuntur.

Quod si maritus tributa & pensiones non soluat, quia fortè emphyteutica vel feudalia prædia in dotem acceperit, tunc quidem prædium amittitur ob seruitium non præstitum, vel pensionem aut tributa non soluta: sed vxor ob negligentiam viri, contra ipsum & hæredes eius recursum habet. Ita ait se vidisse Isernia *in feudis, de capitulis Conrad.* §. *final. num.*20. neque enim alienare potest, *l.*1. *ff. de fundo dotali*, facit lex *etiam*, §.1. *ff. soluto matrimonio*, *l. si constante*, §. *si maritus, eodem*, *l. si filio*, §. *maritum, eod.* ibi: *Damnandum eum quanti mulier in litem iurauerit.* Tenetur enim vir de dolo, & culpa in rebus dotalibus, *l. in rebus, C. de iure dotium*: & quamuis Carolus Molineus *in feudis titul.*1. §.30. *num.*69. velit, quod maritus non possit præiudicare vxori in dotalibus, & quod negatio, vel delictum præiudicet marito constante matrimonio, soluto autem eo integrum ius reseruetur vxori, cui maritus delinquendo nocere non potuit; secundùm ea tamen quæ diximus hoc capite, si res dotales traditæ fuerunt marito, nec vnquam in potestate vxoris extiterunt, ita 28 29

vt maritus verè dominus ſit, Iſerniæ opinio proculdubio vera eſt, quia maritus ſibi nocet, ſibi delinquit, & delinquendo vxori obligatur: ſi verò mulier habuit à principio bona dotalia, quo caſu magis eſt, vt domina naturaliter remanſerit, ex his quæ diximus, magis erat, vt opinioni Molinei non eſſet locus, cùm nihil ad maritum pertineret, ex ea opinione, ex qua hoc caſu mulierem dominam, non maritum aſſerimus: ſed quia cuſtodia earum marito com-
30 miſſa eſt, adhuc iſto caſu veram exiſtimamus opinionem Iſerniæ, quæ eſt Molinei *n.63.* De Prælato, quid & quantum noceat Eccleſiæ delinquendo, vel omittendo, vide Molineum *vbi ſuprà*, quod ad nos modò non pertinet; & an pater poſſit præiudicare filiis in emphyteuſi, vel noua, vel antiqua, com-
31 mittendo, vel omittendo, ſcilicet deteriorando, vel alienando, vel non ſoluendo canonem, ſiue emphyteuſis ſit ex pacto & prouidentia, ſiue hæreditaria, vide Bartol. *in l. eum qui, ff. de interdictis & relegat. in fin. verſicul. per hac dico*, Alexand. *in l. ſi finita, §. ſi de vectigalibus, num. 29. ff. de damno infecto*, Ripam *in l. fin. C. de reuocandis donationibus, quæſt. vltim.* Afflictis *in cap. 1. §. præterea, gloſſ. 3. num. 5. de prohibita feudi alienatione*: qui volunt vt filiis præiudicet pater, quia peccatur aduersùs legem contractus, ex cuius forma res emphyteutica ad Dominum reuertitur. Nec exiſtimandum eſt, patrem conſultò commiſſurum, vt filij emphyteuſi careant, quia nemo melius conſilium capit pro filiis quàm pater, *l. ſi furioſo puberi, ff. de curatore furioſi*: quod ſi dolo ſibi delinqueret, vt filiis malignè noceret, tunc ſuccurrendum eſſet filiis. Ti-
32 raquellus *2. retractu*, §. 3. *gloſſ. vna, num. 17.* Molineus *in conſuetudinibus Pariſienſibus titul.* 1. §. 8. *gloſſ.* 3. *num.* 17. & an in feudis præiudicet filiis, vide Zazium *in* 10. *part. feudorum, folio* 72. Curtium Iunior. 5. *part. concluſione* 4.
33 & an cedendo, vel renuntiando nocere poſſit filius in emphyteuſi ex pacto & prouidentia, vel antiqua, aut hæreditaria, nouáve, vide Aluarum Vazquez *quæſtion. 49. numero 6.* poſt alios, quos ipſe allegat. In quæſtione noſtra, maritus ſi omittat ſoluere canonem, planè vxori nocet, eidemque obligatur; delinquendo autem, quod in feudis familiarius eſt, aliud forſan obſeruabitur, ſecundùm Molinei opinionem, cùm neque delinquendo nocere poſſit vxori: in emphyteuſi tamen tutius eſt, vt ſiue delinquat, ſiue omittat, quia dominus eſt, vxori noceat, eidémque obligetur: quod ſi dominus non ſit, quòd mulier ſecum bona quoque tradat, quorum dominium naturaliter in vxore remaneat, ob non ſolutam penſionem idem omnino placet; at verò iſto caſu ſi vir delinquat, quia dominus non eſt, non omnino nocet vxori, ex his quæ tradit Molineus vbi ſuprà. Itaque obſeruandum erit ex qua cauſa dominus directus petat rem ſibi reſtitui, an ob penſionem non ſolutam, quo caſu indiſtinctè rem reuocat; aut ob delictum, quo caſu videndum eſt an maritus qui deliquit, omnino dominus ſit, an verò dominium naturale remanſerit penes vxorem. Priori caſu delinquendo præiudicat ſibi & vxori, & eidem tenetur; ſecundo verò non, cùm delictum eius vxori non præiudicet ſoluto matrimonio.

34 Expendit etiam, quia ſi in dotem nomina debitorum dentur, putà obligationes, vir tenetur expendere omnino, quia negligentia viri, vti modò dicebamus, nocet quidem vxori, & in conſequentiam mariti hæredibus reſpectu ipſius

ipsius vxoris ; debitor enim liberatur ex negligentia viri exceptione temporis, sed vxor habet quidem recursum contra bona mariti , & eius hæredes : tenet Masuerius *titul. de præscriptionibus , versiculo item & res dotalis* , per textum *in l.si fundum , ff.de fundo dotali* : cùm enim vxori dos promissa fuit , & ad vxorem , & vxoris causâ , competit marito actio ad exigendum eam pecuniam, cùm tradito instrumento , tradita pecunia videatur ; vnde ad ipsum tanquam ex traditione dominum spectat periculum exactionis , iuxta dictam legem *si fundum*, & quæ diximus suprà *isto capite , num.* 1. & præcedenti , quo casu præscriptio currit contra virum. Contrarium dicendum esset , si dominus non reperiatur , iuxta superiùs dicta ; quia tunc nihil obest vxori negligentia viri, cùm ipsa ad agendum propter nuptias impedita sit. Itaque multùm iuuabit inspectio illa , de qua suprà , an maritus omnino dominus sit , an mulier naturaliter dominium retinuerit ? A qua inspectione initio huius capitis diximus desumendam esse rationem conseruandarum expensarum , vel amittendarum : quod quidem intelligimus si nomina contineant rem corpoream aliquam non æstimatam ; quia si in nominibus contineatur quantitas , vel res æstimata , tunc nulla dubitatio est , cùm periculo mariti res æstimata vel quantitas pereat , quod vulgare est , & hoc est verissimum , licèt Alexand. & Cumanus , secuti Dynum teneant *in leg. nupta , §.quoties , ff. soluto matrimonio,* quod regulariter marito eius negligentia , siue culpa in non exigendo dotem, vel eius hæredibus imputari per vxorem non possit : idque tenent secuti gloss.
in l.si socer , §.Lucius , versicul. redditurus , ff. soluto matrimonio , per textum *in* 35
l.si extraneus , §.sed si pater , ff.de iure dotium : sed lex illa satis fundat contra ipsos , cùm ex suis exceptionibus fundet regulam in contrarium , & est ad propositum elegans textus ex Boërio *decisione* 229. & Gregorio Lopez *in in leg.* 15. *titulo* 11. *partit.* 4. *verbo , Departimiento* , vbi Vlpianus statim in principio regulam constituit , vt negligentia quidem noceat viro , his verbis: *Si extraneus* , inquit Vlpianus , *sit , qui dotem promisit , isque defectus sit facultatibus antequam dotem daret, imputabitur marito , cur eum non conuenerit , maximè si ex necessitate , non ex voluntate dotem promiserit.* Cùm autem Vlpianus regulam constituerit , obseruata methodo & ratione optima interpretandi, subdit statim exceptiones, scilicet in donatore, patre , vel in ipsa vxore, si ipsa promisit ; idque his verbis : *Nam si donauit , vtique parcendum est marito , qui eum non præcipitauit ad solutionem , qui donaret , quémque in id quod facere posset, si conuenisset , condemnaret ; hoc enim Diuus Pius rescripsit , eos qui ex liberalitate conueniuntur , in id quod facere possunt , condemnandos.* Hactenus de donatore Vlpianus , qui subdit de parente ac de ipsa vxore his verbis : *Sed quid si vel pater , vel ipsa promiserit ? Iulianus quidem libro* 16. *Digestorum scribit, etsi pater promiserit , periculum respicere ad maritum , quod ferendum non est : debebit igitur mulieris esse periculum , nequaquam enim iudex propriis auribus audiet mulierem dicentem , cur patrem qui de suo dotem promisit , non vrserit ad solutionem ; multò minùs cur ipsam non conuenerit : rectè itaque Sabinus disposuit , vt diceret , quod pater , vel ipsa mulier promiserit , id viri periculo non esse ; quod debitor mulieris , id viri esse periculo ; quod alius, scilicet donaturus , eius periculo esse, cui acquiritur ; acquiri autem mulieri accipiemus, ad quam rei commodum respicit.*

picit. Hactenus Vlpianus, cui nihil addi, adimíve posse videri potest, sed rectè interpretatus est dictam legem *si extraneus*, conditor legum Partitarum, *leg.15. part.4. titulo* 11. ibi: *Ca si el deudor fuesse padre, o abuelo, o visabuelo, maguer fuesse negligente*, &c. Et rursum ibi: *Ca o seria el deudo de premia, o de voluntad, e si fuesse de premia.* Et ibi: *E si el deudo fuesse de voluntad.* Et ibi: *E si fuesse cierta cosa.* Et ibi: *E si fuesse de cosa non cierta.* Igitur in hac quæstione recurrendum est ad dictam legem *si extraneus*, & ad dictam legem 15. Partitæ, quando maritus teneatur de culpa, quia non exegerit dotalia nomina, quia ex hac causa vt culpam vitet, & ne vxori teneatur, prædictis casibus expendendum sibi est.

36 Cùm autem constituerimus diligentiam mariti, eiusque culpam, ex qua negligens vxori tenetur ad damna negligentiæ in exigendis nominibus, sequens quæstio est, cuius expensis sint hæc nomina exigenda, an vxoris, an verò ipsius viri? Quam quæstionem tractat Bart. *in l.1. Cod. de bonis matern.* & glossa *in l.1. vers. non sint, ff. de impens. in rebus dotalib. factis.* Accursius autem & Bartolus contrarium censent, quos conciliant Pinellus *in dict. l.1. part.2. num.70.* & Gregorius Lopez *in l.15. tit.11. partita 4. verbo, El marido negligente.* Accursius enim tenebat, quod vir sibi expendebat, nihil sibi expectaturus ab vxore: & Bart. existimabat omnes illas expensas factas in exactione rerum dotalium deducendas esse ex dote. Baldus sequebatur glossam *in l.2. C. de actionib. & oblig.* glossam commendat Chassaneus *in consuetudinibus Burgundiæ, rubr.4. §.17. versicul. quæro.* Iason *in l. si in area, num.3. ff. de condict. indebiti*, Corneus *dict. l.1. Cod. de bonis maternis*, tenet cum Bartolo contra glos. & dicit eius opinionem magis communem, licèt Pinellus ex relatione Doctorum receptiorem faciat glossæ opinionem contra Bartolum: videbatur autem opinio Bartoli ex his quæ diximus numero præcedenti, secundùm ius, quia cùm necessaria impensa sit restituenda viro, sine dubio videbatur hoc quoque restituendum, quia necessaria expensa est; cùm enim necessaria expensa sit, quam vir omittere non potest, *ex l.4. ff. de impensis in reb. dotalibus factis*; hæc autem expensa omissa viro imputetur, vt diximus; dicendum est ad dotem pertinere has impensas, sed tamen & Pinello, & Gregorio Lopez post Baldum vbi suprà placet distinctio inter magnam & paruam expensam, vt in magna procedat opinio Bartoli, vt scilicet in dotem imputentur sump-
37 tus illi; in parua autem expensa tutior sit opinio glossæ: quam distinctionem probat Iason vbi suprà, Alexand. ad Bartol. *in dict. l.1. ff. de impensis*; comprobatur ex Iureconsulto *in l. omninò, ff. de impensis in reb. dotal. fact.* ibi, *modicas impensas.*

38 In qua tamen re magnam vel paruam expensam iudicamus respectu dotis. Albericus *in l. hactenus, ff. de vsufructu.* Diximus suprà latè *cap. vndecimo, n.16.* neque quicquam aduertendum est vt magna vel parua expensa dicatur, quod attinet ad nostram quæstionem, quod expensa perpetua sit, vel momentanea; namque si magna sit, etiamsi momentanea, vxori fit: rursum si sit parua, etiamsi perpetua, viro expenditur. Ita contra Alexandrum *in leg. diuortio, §. impendia, num.3. ff. sol. matr.* resoluit Pinellus *vbi suprà*, & meritò, pro quo est textus *in l. quod dicitur, ff. de impensis in reb. dotalibus factis*, ibi: *Et quanis modica*

modica ædificiorum refectio. Et est textus cum glossa *in l. virum, ff. de donationib. inter virum & vxorem*, vbi modicus sumptus factus in re dotali præsumitur donum, magnus verò minimè.

Quæ omnia eò tendunt, vt diligentem faciamus virum in custodiendis & conseruandis rebus dotalibus: eò vsque tamen illud recipiendum est, ne vir damnum de suo patiatur; id enim illa distinctio paruæ & magnæ quantitatis exigit; nec enim æqualitas est, si fructus rerum dotalium litibus vxoris consumantur, & vxor sumptibus viri alatur: ideoque constitutum est, vt sumptus magni fiant vxori, parui marito. Ex qua verissima opinione temperandum est quod indistinctè traditur, scilicet, teneri maritum custodire, & propugnare, tueri, & defendere castrum, vel vrbem dotalem, & belli, & pacis 39 tempore, nihil expectaturum ab vxore eius sumptus nomine, quia diligens esse debet, & ad custodiam tenetur, de quo dicit Bart. esse textum *in l. fin. ff. de impensis in reb. dotalib. factis*, ibi: *Sed etiamsi ad conseruandam ipsam rem, speciemque eius necessaria sunt, ex suo vir eas facit.* Quod etiam tenet Angelus, qui dicit vidisse hanc quæstionem de facto *in l. sumptus, ff. de legatis primo*, vbi Iason plures refert *à num. 3.* idem *in leg. diuortio, §. impendia, ff. soluto matrimonio.* Et præter eum idem tenet Paulus de Castr. *in l. fructus, ff. soluto matrimonio.* Ista tamen opinio temperanda est, vt si expensæ factæ in conseruanda re dotali excedant fructus dotis, proculdubio recuperentur, vt distinctio magnæ & paruæ expensæ recipiatur; quid enim censebit prudens & cordatus vir, si maritus sustineat bellum, & expensas faciat vtiles, & necessarias, vt conseruet castrum, quæ fructus dotis excedant; an excessum illum de suo faciet? Certè iniquitas est: quod si vxori imputentur, cui res conseruata est, æquitas versatur. Nec quicquam facit dicta lex finalis; nam illa intelligenda est iuxta dictam legem *quod dicitur*, & legem *omnino*, & legem *virum*: idque suadet litera textus, quæ de minoribus expensis ad reficiendam rem magis intelligitur, quàm de bellicis sumptibus & maximis expensis. Idque voluit Bartolus & reliqui, dum aiunt, maritum repetiturum eos sumptus si perpetui sint; qui voluerunt eo verbo *magnos sumptus*, id intelligere, quia, vt diximus, potest quidem sumptus perpetuus esse, & tamen modicus, ita vt ad maritum pertineat: contrà verò temporales & maximi ad vxorem pertinent: itaque si vir immodicas expensas fecerit, repetet: vnde si tormenta sulphuraria magno empta in castro collocauerit, si bellica instrumenta adduxerit, hastas, clypeos, enses, ferreos thoraces, & bellicas machinas; si seruos bello captos, vel emptos, milites præsidiarios instituerit, quoniam hi sumptus maximi sunt, etiamsi custodiæ causâ facti intelligantur, nec sint perpetui, mulieri deuorantur, non viro, pro quo est textus *in leg. cùm quæreretur, §. prædiis, ff. de legatis tertio*, quem in contrarium allegant prædicti Doctores; ibi enim legatis prædiis, & quæ eorum prædiorum colendorum causâ empta, paratáve essent, Iureconsultus Africanus nec topiarium, nec saltuarium seruum legatum esse ait: sed verè ille textus parum facit ad hanc quæstionem; deciditur autem illa ex suprà adductis, quoniam iniquitas sit virum eos sumptus de suo facere, qui dotis fructus excedant, non illius anni quo facti sunt, sed eius temporis quo matrimonium constitit. Ratio au- 40

tem dicti §. *prædiis*, ea est, quia cùm prædia legata essent, & quæ eorum prædiorum colendorum causâ parata, emptáve essent, non potuit topiarius, vel saltuarius videri legatus, quia neuter erat paratus agri colendi gratiâ, sed alter perinebat ad voluptatem, alter ad custodiam: nec vlla ibi inuestigatio est, quod illi sint perpetui, vel temporales; asinus autem machinarius, item oues, & opilio (in quibus par perpetuitas atque in topiario & saltuario videri poterat,) veniunt in eo legato, quia prædij colendi causâ parata erant, & ad culturam pertinebant: & ita contra Paulum, Bartolum, & Iasonem *vbi suprà*, textus ille nihil facit ad nostram quæstionem, & hunc sensum apertè indicant verba eiusdem textus ibi, *& quæ eorum prædiorum colendorum causâ empta, paratáque essent*; & rursum ibi, *topiarium enim ornandi, saltuarium autem tuendi, custodiendique fundi magis quàm colendi causâ paratum esse.* In eo enim legato si prædia vti erant instructa, legarentur, non dubium est, quin saltuarius & topiarius seruus legato continerentur, ex textu *in l.si ita*, §.*si mulier*, *ff.de fundo instructo*, ibi: *Mulier villæ custos perpetua in fundo, qui cum instrumento legatus est, aut instructo continebitur, sicuti saltuarius; par enim ratio est.* Hæc Pomponius; qui textus etiam nihil facit ad nostram quæstionem, neque ad regulam, neque ad exceptionem; quia ibi ideo venit saltuarius & custos, quia fundus instructus, vel cum instrumento legatus est: inter instrumenta autem fundi reperta est custos perpetua, sicuti & saltuarius; quod innuit Iureconsultus ibi: *Nam desiderant tam villæ, quàm agri custodiam.* In eo autem verbo, *perpetua custos*, nulla inest vis, quia si temporalis esset, idem dicendum esset, ex Iureconsulto ibi, *par enim ratio est*, scilicet saltuarij & custodis perpetui, contra glossam ibi *verbo perpetua:* & licèt hæc iura adducantur ab his quos adduximus, nihil, aut parum faciunt. Facit textus *in l.3.* §.*nos generaliter*, *ff.de imp.in reb.dotal.fact.* & *l.1.ff.eod.* ibi: *Inter necessarias impensas esse Labeo ait moles in mare*, iuncta glossa ibi, *vel causâ munitionis*. Restat igitur vt admittamus in hoc quoque magnæ & paruæ expensæ rationem, ita vt licèt aliàs plurimùm intersit, si quis expensas facit perpetuas, vel temporales; in marito certè nihil perpetuitas, vel mortalitas possit, quod singulare est.

Rursum si maritus constante matrimonio ædificia erexerit in solo vxoris,
41 ædes nempe, furnum, molas frumentarias, piscinas, aut columbarium, aut quid huiusmodi, omnia hæc cedunt in diuisione bonorum soluto matrimonio vxori, quia in eius solo erecta reperiùntur; soluta tamen vera æstimatione expensarum marito, si expensas eas solus mortua vxore effecit; aliàs dimidio, si ambo viuentes effecerint: idemque vice versa intelligendum est si vxor in solo mariti id effecerit: textus est nobis nostro iure vsu recepto *in l.9. titul. de los labores*, 4.*lib.3.fori leg.* quem sæpiùs in hoc Senatu Regio forensi vsu receptum animaduerti, & ita recipi testatur doctissimus Suarez *in repetitione tit.de las ganancias*, *lib.3.fori leg.versic.sed pone quod in solo.* Quod quidem rationem iuris habet ex regula quâ dicitur ædificium cedere solo in quo erectum est, *l.adeo*, §.*cùm in suo*, & §.*ex diuerso*, *ff.de acquir.rer. domin.* & quæ adduximus suprà *cap.5.num.20.cum sequentibus.*

42 Diuersum in vinea plantata in solo alterius iudicatum vidi; is enim cuius solum est, in quo vinea plantata est, præcipuum habebit, quod in ea regione dari

dari consueuit his qui montem incultum dare consueuerunt rusticis viribus conserendum: vocant nostri vulgari verbo *Terrazgo*; reliquum vtrique communicabitur, neque cedet domino fundi, aut soli, in quo vites consitæ sunt, quandiu vinea constiterit, & durabit. Hæc est lex 3. ***tit. de los labores***, ***lib.3. fori leg.*** quam vsu receptam tradit Suarez *vbi suprà*, & ego sæpiùs practicari vidi in diuisionibus bonorum, ita iudicante nostro Senatu.

Si autem vir in solo maioratus ædificia erexerit, & meliorationes fecerit, 43
huiusmodi ædificia erecta, & meliorationes factæ cedunt successori maioratus, nec quicquam soluet successor eius nomine vxori, vel filiis eius, vel mariti emortui: nec in diuisione bonorum inter filios eius qui ædificauit, & vxorem viduam, ratio vlla habebitur earum expensarum, quæ recuperari à possessore, eodemque nouo successore non possunt. Idem intelligendum est in contraria specie, si vir maioratum dotalem nactus sit, & huiusmodi expensas, & meliorationes faciat, nihil expectabit, nec à nouo successore maioratus, nec ab hæredibus vxoris, nec filij audientur, quòd pater nimium consumendo, & expendendo ea ratione eos legitima portione priuauerit: licèt enim iure communi meliorationes, & expensæ, quæ fierent in solo maioratus, vel in bonis restitutioni subiectis, venirent diuidendæ inter coniuges, tanquam prouenientes ex causa lucratiua, & vera ratione reperirentur lucratæ constante matrimonio, ita vt æstimatis meliorationibus & expensis, iuxta veram rationem æstimationis earundem, de qua infrà agemus, medietas remaneret viro & eius hæredibus, altera verò medietas vxori, ac subinde diuiderentur inter hæredes tanquam res hæreditariæ iudicio familiæ erciscundæ, secundùm Ang. *in l. emptor*, *ff. de rei vendic.* & alios, quos adducit Palacios Rubios *in repet. rubr. de donationibus inter virum & vxorem*, §.62. *num.*15. *folio mihi* 38. quod in fideicommissario iure statutum erat, *l. domos*, *ff. de legat.*1. vbi Iason, Carolus Molineus *in consuetudinibus Parisiensibus*, *tit.*1. §.1. *glos.*5. *num.*75. Iulius Clarus *lib.*4.§.*feud.quæst.*88. hodie autem ex decisione legis 46. *Tauri*, quæ est lex 7. *tit.6.lib.5.in nouis legib.compilatis*, constitutum est, vxores, seu alios hæredes non posse repetere ea quæ in ædificiis erectis in solo maioratus consumpta sunt & expensa; quæ lex hodie præcisè seruanda est, neque licet iam de eius iustificatione dubitare, post ea quæ scribit Ludouicus Molina *lib.1.de Hispanorum Primogen. cap.26. parte* 1. *num.*14. *& sequenti*, & ante eum Pinellus *in l.*1. *Cod. de bonis maternis*, *part.*2. *num.*71. vbi refert legem Lusitanam contrariam nostræ legi, magisque iuri communi conuenientem. In interpretatione eius legis tria solent in dubitationem adduci, an sit iusta æqua ratione, non solùm authoritate conditoris: alterum, an habeat locum in omni genere expensarum: tertium, an in omni genere maioratuum.
Circa primum iniquam dixit Palacios Rubios *dict.* §.62. *num.*19. vbi ait, cùm 44
conderetur, non potuisse se tantùm clamare, quin reliquorum suffragio conderetur: æquum tamen est, & conuenit perpetuitati maioratuum, cuius causâ instituuntur, vt tales expensæ minimè soluantur, quia is qui expensas eas soluisset, vtique non solùm solutas, sed & quas ipse fecisset, esset repetiturus à successore, & is vtique ab alio, ac subinde contingeret, vt factis quotidie nouis expensis, accedentibus his ad antiquas iam solutas, infinitam congererent

rerent quantitatem expensarum, quæ solui nequeat, ita vt eâ viâ pereat maioratus: præterea neque ratio quæ in fideicommissis reperitur, ad maioratus Hispanos referri potest, renitente iuris ratione; fideicommissum enim restituitur ei qui iam restituere minimè tenetur, maioratus non item. Denique ex his & aliis congestis ab Scriptoribus *in dict. l.46.* & quos antè adduxi, lex illa rationem habet. Idem effecit Menchac. *lib.1. de success. creat. §.5. numer.13.*

45 Secundò dispositionem eius legis non solùm intelligimus in fortalitiis, muris, ac domibus, quæ solùm in ea lege expressa sunt, sed etiam in ædificiis, & reliquis meliorationibus in omnibus aliis rebus maioratus factis generice, & vniuersè, cùm ratio illius legis iustissima sit, nec possit ratio aduersitatis aliqua reperiri; nec exempla in ea posita, vt restringerent, addita sunt, sed vt magis explicarent. Sic tenet Ludouicus Molina *vbi suprà*, qui ait supremorum Iudicum ita semel iudicio & sententia decisum fuisse, quod apud nos ferè instar legis est, ob idque ita accipiendum est, contra Aluarum Vazquez *iuris emphyteutici quæst.25. num.29.* qui ita accipiebat eam legem, vt haberet locum in tribus exemplis ab ipsa adductis, neque ampliùs extenderetur: & antequam Molina, & Aluarus Vazquez ad nos venirent, secundùm sententiam Aluari Vazquez pronuntiatum vidi in causa inter D.Ioannam de Zuniga, & D. Antonium de Castro, super meliorationibus factis in oppido de Cayon, pronuntiantibus viris doctissimis Platino, & Hermandez in hoc nostro Senatu præclaris Aduocatis.

46 Tertiò dictæ legis decisio pari ratione non solùm continet maioratus, qui fiunt præmissa facultate regia, sed & illos qui nullam huiusmodi facultatem habent, quin & anniuersaria, & patronatus, & capellas continet, in quibus iure maioratus succedendum, Couarr. *variarum lib.3. cap.5. num.3.* Anton. Meneses *in rubr.Cod.de fideicommiss.num.10.* Molina *lib.1.cap.1.num.27.*

47 In hoc verò duo aduertenda sunt. Primum, quod etiamsi meliorationes istæ non possint exigi à possessore maioratus, si tamen sine læsione rei adimi possint, abraduntur, & auferuntur; vnde tormenta sulphuraria, machinas bellicas, clypeos, hastas, thoraces, globulosque ferreos emptos, & in fortalitiis constitutos ex hac ratione auferre poterunt hæredes præmortui, nisi veram æstimationem possessor soluerit: item pictas tabellas, & castri cætera instrumenta, quæ abradi possint citra detrimentum; & in his vxor habebit dimidium, *l.in fundo, ff. de rei vendicat.* vbi regula constituitur, quod meliorationes illæ abradantur, dum tamen abradi sine læsione possint, quæ exigi non possunt, *l. Iulianus, ff. eodem.* Tiraquellus *de retractu conuentionali §.7. gloss.1.num.6.* Molina vbi suprà *num.16.*

48 Alterum verò, quod etiamsi constitutum sit, vxorem nihil exigere posse eorum quæ consumpta sunt in rebus maioratus; si tamen tota dos consumpta sit in rebus maioratus ad refectionem necessariam & perpetuam, nec vxor ex aliis rebus mariti dotem seruare sibi possit, tunc quidem æquissimè fiet, si ex fructibus maioratus ipsi succurratur; videt enim substantiam suam in maioratu sine facto suo, proderit ei æquitas, *l. si me & Titium, ff. si certum petatur,* ad concurrentem vsque quantitatem dotis, expensarúmque, ita vt possessor

maioratus

maioratus ne locupletetur cum aliena iactura, dotem soluat, si magis expensum sit; expensam verò, si minus: in qua specie proderunt adducta per Pinellum *dict. numero* 71. Præterea indotatam remanere vxorem odium continet publicum, estque hæc ipsa restitutio veluti debitum, cùm sit alienatio, cui ius resistit, ex cuius iuris beneficio succurrendum est vxori, vt dotem suam alienatam habeat, vbicumque dos reperiatur; nec lex quæ de non exigendis lucris expensis constituta est, dotis alienationem concessisse videri potest. Prætereà ipsa vxor hoc casu est veluti creditor, cui omnino soluendum est quod ex substantia sua ad necessariam refectionem, & euidentem vtilitatem maioratus consumptum est: quo casu debita soluuntur à successore maioratus, non quòd ipse aliqua obligatione teneatur, repugnante dicta lege 46. cùm enim ædificia non teneatur soluere, neque tenebitur soluere mutuatum, aut præstitum, aut creditum ad ædificandum; sed ex bonis ipsius maioratus soluendum est illud debitum, in quibus reperitur substantia aliena sine facto domini; quia quod mutuatur ad refectionem alicuius rei, habet iure nostro rem refectam obligatam, *ex l.26. titul.13. part.5.* argumento cuius & mulieri succurri poterit, vt dotem suam consequatur: de hac autem obligatione in rebus maioratus latè Molina *lib.1. cap.10. num.19.* & nos inferiùs aliqua attingemus *cap.16. num.11.*

Cæteras autem expensas, quas vir facit necessariò, ne res dotalis collabatur & pereat, istæ dicuntur necessariæ, *l.1. §. fin. cum lege sequenti, ff. de impensis in rebus dotalibus factis, l. impensæ, eodem titul.* & *l. impensæ, ff. de verb. signific. l.10. tit.32. part.7.* & minuunt dotem, *l. vnica, § sed neque ob impensam, C. de rei vxoriæ actione, l. quod dicitur, ff. de impensis in reb. l. si is qui, §. quod dicitur*, & ibi Bartol. *ff. de iure dotium*, & Bartol. *in dict. l. impensæ.* Et licèt hoc ita constitutum sit, vt expensæ necessariæ duntaxat minuant dotem, sine quibus res corrueret, & laberetur, aut periret; iure tamen nostro *ex l. fin. titul.11. partit.4.* omnis expensa deducitur, licèt necessaria non sit, quæ auget dotem; dúmque aucta sit dos, nihil de necessitate curamus, inquit lex nostra: *Mejorando el marido la cosa que le dio su muger en dote, non seyendo apreciada, assi como si la reficiesse, o la acresciesse, porque fuesse mejor, e rendiesse mas si las despensas que en ella metiere fueren a tales que se mejora la dote por ellas, puede las contar e auerlas aquellas que fiziere ademas de quanto montare el esquilmo que lleuo de los fructos è de las rentas de la dote.* Itaque augmentum & melioratio dotis, vtcumque fiat, siue vtiliter, siue necessariò, dotem nobis minuit: egregia declaratio ad decisionem Boërij 44. *numero* 12. *&* 13. & ad decisionem Matthæi de Afflictis 359. *per plures numeros*, vbi necessitas quæritur, & illa perpetuitatem desiderat; maritus enim satisfaciebat obligationi restituendæ dotis, si ipsam non æstimatam restitueret, qualis res ipsa restitueretur, vel reperiretur tempore restitutionis faciendæ, etiamsi deterior reperitur, *l. plerumque, §.1. ff. de iure dotium.* Palacios Rubios *in Repetit. capituli per vestras, limitatione* 12. *folio mihi* 115. *numero* 11. cùm autem melior restituatur, oportet vt melioratio ipsa marito prosit, & de dote deducatur. 49

Adde quod si maritus qui meliorem fecit dotem, leget vxori non expensas 50

factas in rebus dotalibus expresse, sed ita legatum concipiat, *lego vxori meæ quicquid ad me nomine dotis peruenit*; videtur remisisse vxori deductionem expensarum, quæ facienda erat ex dote, postquam dos relicta est. Paulus de Castro *in l. Mæuio, §. à me, ff. de legatis 2.* Afflictis *decisione* 359. secus si diceret, *lego vxori meæ dotem*, quia tunc dos intelligitur id quod deductis impensis superest, Palacios Rubios *dict. §. 12. vel limitatione 12. folio mihi* 116. *num.* 17. *ante finem.* Quod autem diximus, si testator dicat, *quicquid nomine dotis ad me peruenit*, idem dicendum erit si vtatur signo aliquo vniuersali, vt *totam dotem quam secum attulit*, vel *vniuersam dotem*, vel *integram dotem*; hæc enim omnia impediunt deductionem: & est hic casus vbi indefinita non æquipollet vniuersali, propter absonum iuris intellectum, quod resultaret in hoc casu; quæ sunt addenda ad Iason. *in l. 2. ff. de lib. & posthumis, num.* 20.

51 Expendit etiam maritus, quia si agat aduersus vxorem ob delictum, vel mulier agat aduersus maritum ob dilapidationem dotis, quòd ad inopiam vergat maritus, tenetur vxori sumptus & expensas subministrare necessarias, vt vel accusationem sustinere possit, vel dotem consequi; & ita quotidie videmus ex facto agitatum. Albericus *in l. vbi adhuc, C. de iure dotium, versicul. sed cuius expensis, argum. l. final. C. de ordin. cognitionum:* vbi secundùm Baldum est casus, quo quis aduersario prouidet: sed melior textus *in cap. ex parte, de accusationib.* vbi monachus, qui accusat Abbatem de bonis monasterij, expensas accipit necessarias: vbi glossa decisionem textus ampliat, & extendit, vt tales expensæ dentur quousque lis finiatur. Tenet Hostiensis *in summa, tit. de accusationibus, §. 1. versic. quid ergo si contingat.* Speculator *tit. de inquisitione, §. vltimo, versic. quid si matrimonium*, Abb. *in dict. cap. ex parte, de accusationibus.* Quod intellige etiamsi indotata sit mulier si accusetur. Innocentius *in*
52 *cap. per vestras, de donationibus inter virum & vxorem.* Hostiensis, & Cardinalis *ibidem*, qui eum sequuntur. Secus verò si ipsa agat, ex eisdem, & Palacios Rubios *in repet. cap. §. 39. folio mihi 75. num. 5.* vbi ex proposito hoc ipsum agit, & quotidie videmus ita obseruari in hoc Senatu, taxatis necessariis expensis ad alimenta, & causæ liberationem, Aduocatum, Procuratorem, & reliquos quibuscum eo nomine expendendum sit.

53 Et an pupillus agens querela inofficiosi testamenti sit alendus pendente iudicio, data satisdatione, vide Couarr. doctissimè *Practicarum quæstionum cap. 6. num. 6.* & an diues, qui cum paupere litigat, ipsi teneatur expensas
54 præstare, vide Ioannem de Palacios Rubios *dict. §. 39. fol. 75.* & si priuatus intendat iudicium ad vtilitatem publicam, debeat dari expensa ex publico, vide
55 Franciscum de Aretio *in cap. si qui testium, de testibus, & l. si mulier in opus salinarum, ff. qui potiores in pignore habeantur:* vbi Baldus dicit esse casum expressum *in l. 1. ff. de iustitia & iure.*

56 Si autem mulier de adulterio conuincatur, & aliquo casu viua remaneat, non tenetur vir illi præstare alimenta, glossa *in l. fideicommissum, C. de fideicommissis*, & Baldus *in cap. ex parte, de consuetudine*, Palacios Rubios *in repetitione rubricæ, §. 64. num. 8. & 9.* vbi multa alia adducit, ex quibus vxor non sit alenda: vide apud ipsum glossam.

57 Has autem expensas factas in rebus dotalibus petere potest maritus, aut eius hæredes

hæredes soluto matrimonio : retinere autem res dotales propter expensas non potest, *l.vna*, §. *sed neque ob impensam*, *C.de rei vxor. action.* & ita intelligenda sunt verba textus *in l.fin. tit.*11.*partit.*4. ibi, *Puede las contar y auerlas*, scilicet, actione mandati, vel negotiorum gestorum, vel condictione ex lege, adducta lege *domum, C.de rei vendic.* non verò retentione, *ex dict.* §. *sed neque ob impensam.* Bene tamen in restitutione dotis, minuendo dotem, tantò minus soluendo, quantò magis expensum sit, *ex dict.l.fin.* ibi: *Non las deue contar, nin las puede demandar quando entregare la dote.* In ratione autem harum expensarum non veniunt expensæ quæ fiunt gratiâ colligendorum fructuum, vel quæ propter conseruationem fructuum expenduntur. Hæ enim reperiuntur in fructibus, quos maritus suos facit, sicuti à contrario, si fructus restitueret, impensas illas deduceret; quod in omni fructuum restitutione vel retentione generale est, vt diximus suprà *cap.*1. latè cum textu *in l.fundus qui, ff.famil.erciscund. l.fructus, ff soluto matrimon. l.*4.*tit.* 14.*part.*6. & *in l. vel si vites*, ibi: *Nos generaliter definimus multùm interesse ad perpetuam vtilitatem agri, an verò ad præsentis anni fructum*: & ibi *si in præsenti cum fructibus hoc compensandum*: & *in fin.* ibi, *quæcumque impensæ quærendorum fructuum causâ factæ*: & ibi: *ideoque non solùm ad percipiendos fructus, sed ad conseruandam ipsam rem eas vir ex suo facit*: *ff. de impens. in reb. dotalibus factis.*

Neque hoc casu maritus compensat fructus cum expensis, quia, vt infrà dicemus, cùm de compensatione fructuum & expensarum egerimus, cessat compensatio vbicumque fructus percipiuntur, non iure possessionis, sed dominij. Cùm igitur maritus omni iure fructus suos faciat, cessat compensatio, glos. *verb. superfluum, ad fin. in l.emptor*, quæ est ad hoc optimus textus, *ff. de rei vendic.* quam ibi Baldus, & Angelus commendant, Bald. Imol. Iason, Bart. Paul. & Alexand. *in l. domos, ff.de legatis* 1. Baldus, Imol. & Iason *in l. Insulam*, §. *fructus, ff. soluto matrimon.* Alexand. *consil.*123. *volum.* 1. quem refert Felinus *in cap. cùm causam, de re iudic.* qui hos tradit, Abb. Bald. & alij *in c.grauis, de restit. spoliat.* Alexand. *ad Bart. in l. in fundo, ff.de rei vendicat.* Tiraquellus *de retractu conuention.*§.7.*glos.*1.*num.*14. Afflictis *decision.*87. Gregor. Lopez *in l.*41. *tit.*38.*part.*3. Couarr. *variarum lib.*1. *cap.* 8. *num.* 4. Antonius Gomez *in l.*46. *Tauri*, *num.*3. 58

Ex qua resolutione est elegans declaratio *ad l.fin. titul.*11.*part.*4. ibi: *Puede las contar y auerlas aquellas que fuere ademas de quanto montare el esquilmo que lleuo de los fructos, e de las rentas de la dote*; vt verbum illud, *ademas*, accipiendum sit, videlicet vltra fructus perceptos, ita vt non inducat compensationem; illud sonat enim verbum *ademas*, & est interpretatio ex fundata iuris ratione, & proprietate sermonis Hispani: quod eo libentiùs adnotaui, quod vetus interpres computandos fructus cum impensis censet, contra fundatam iuris rationem. Doctissimus Gregorius Lopez censet, legem Partitæ loqui de fructibus ipsarum meliorationum, quod est apertè contra apertissima verba legis nostræ, ibi: *Ademas de quanto montare el esquilmo que lleuo de los fructos, e de las rentas de la dote:* nota verbum, *de la dote.* Præterea censet fructus mearum meliorationum, quæ ipse fecero, debere minuere mihi pretium mearum meliorationum, quod vt dicemus inferiùs, cùm de compensatione egerimus,

mus, est contra ius fundatum; quia cùm ego sim verè dominus mearum meliorationum, ipsasque possideam iure dominij, ex recepta sententia, cessat compensatio. De his dicemus inferiùs: neque quicquam facit textus *in l. insulam, §. fructus, ff. solut. matrimon.* vbi vir compensat fructus cum impensis, contra hæc ipsa à nobis adducta. Ibi enim fuit matrimonium non verum, sed putatiuum: ita ibi declarat paulò post glos. & Batt. vide Couarr. *in 4. part. 2. cap. 6. §. 8. num. 25.* & hæc ad maritum pertinent, quantùm ad expensas & meliorationes; cætera dicemus *in cap. de augmento,* & *in cap. de thesauro.*

CAPVT XIV.

De conductore, colono, inquilino, superficiario expendentibus, vel meliorantibus res conductas.

Notabilia ex capite decimoqurato.

1 *Locatio ad longum tempus vtile dominium transfert, &* num. 2. *quæ sit ad longum tempus locatio.*

3 *Agitur de veritate illius quæstionis, an transferat dominium vtile locatio ad longum tempus.*

4 *An prohibitus alienare, locet ad longum tempus, &* num. 5. *an particularis successor teneatur stare conductori ad longum tempus, &* num. 6. *an sit similis emphyteutæ.*

7 *An conductor, sicut emphyteuta, possit expelli ob non solutum canonem, in rebus Ecclesiæ & sæcularibus: conciliantur lex* 5. *& lex* 6. titulo 8. part. 5.

8 *An pœna imposita emphyteutæ alienanti habeat locum in conductore ad longum tempus.*

9 *An remissio sit facienda conductori ad longum tempus, sicuti emphyteutæ, propter sterilitatem, vel rei interitum.*

10 *Conductor conseruat vtiles & necessarias expensas, vtcumque finiatur conductio.*

11 *Lex* æquissimum, ff. de vsufructu, *est mirabilis, quia vsufructuarius mutat formam rei.*

12 *Emphyteuta quasdam meliorationes facit ex necessitate contractus.*

13 *Necessarias expensas & vtiles conseruat conductor, si durent post conductionem, &* num. 14. *etiamsi culpâ suâ eiiciatur.*

15 *Conductor non tenetur facere aggeres & fossata, etiam quæ durent tempore conductionis.*

16 *Quando, & quibus casibus conductor & colonus suas meliorationes non conseruet; & exempla posita.*

17 *Conducens ab vsufructuario an conseruet meliorationes, & quomodo: agitur de lege*

lege si quis dominum, §.idem quærit, ff.locati.

18 *An tributa & onera realia, & collectas soluat conductor, an dominus.*

19 *Quis conueniri possit, an dominus, an conductor.*

20 *Locatio an requirat de necessitate pensionem soluendam in pecunia.*

21 *Colonus partiarius quis dicatur, & vera ipsius ratio.*

22 *An colonus partiarius soluat onera & tributa & collectas.*

23 *Colonus partiarius deducit expensas seminis & culturæ; & quas expensas vocamus fructuum.*

24 *Maritus & conductor an excidere possint arbores etiam non frugiferas.*

25 *Et intelligitur lex* in fraudem, §.conductor, ff.de iure fisci.

26 *Superficiarius conductor quis sit, & qualiter conseruet expensas & meliorationes.*

27 *Expensas litium pro conseruatione rei locatæ quantùm conseruentur conductori.*

28 *Quæ dicatur necessaria expensa in conductore, colono & inquilino.*

29 *Colonus & conductor de quibus rebus teneatur domino.*

30 *Colonus & conductor ob quam culpam teneatur domino.*

Orum quoque circa expensas & meliorationes conseruandas, vel amittendas ius controuersum est: sed quia hoc ius præclara ingenia exposuere, breuiter hoc nobis attingendum est, & id nobis deinceps in emphyteuta & possessore maioratus obseruandum erit, quoniam abundè ab aliis tradita expositáque sunt, quæ à nobis hanc institutionem ingressis erant exponenda: controuersia autem descendit ab illa antiquorum diuisione receptissima ad hæc vsque nostra tempora, quæ separauit conductorem ad longum tempus ab eo, qui ad breue tempus conduxit, vt in illo fortius ius reperiatur, ac subinde fortior necessitas meliorandi & expendendi; in hoc verò debilius, ac proinde debilior quoque causa expendendi: vnde de tributis, collectis, arboribus, pensionibus, déque meliorationibus variè disputatum est, retenta illa recepta diuisione, quam pauci & nouiores euertere conantur: locatio igitur ad longum tempus retentâ hucusque receptissimâ sententiâ vtile dominium transfert. Tiraquellus *in 1. retract.* 1
§.1. *gloss.*14. *numero* 79. *&* 80. latissimè Aluarus Vazquez *quæst. iuris emphyteutici* 29. post glossam Bart. & alios *in l.2. ff. si ager vectigalis vel emphyteut.* Dueñas *reg.* 240. Boërius *decision.* 224. *&* 234. Couarr. *lib.* 2. *resolutionum, cap.*16. *num.*1. & est gloss. & DD. *in Clement.* 1. *de rebus Eccles.* dicitur autem locatio ad longum tempus, si fiat hac verborum conceptione, *quandiu conductor voluerit*, Socinus Iunior *consilio* 63. *lib.*2. *num.*11. Decius *consilio* 204. Martin. Laudens. *in rubric. ff. de rei vendic.* Dicitur etiam locatio ad longum tempus si fiat ad decennium, & vltra, glos. *in dict. l.* 2. *in fin. ff. si ager vectigal.* Bart. & alij *in l.1.§. quod autem, ff. de superficieb.* Paulus, & Alexand. *in l. filio, §.si vir in quinquennium, ff. solut. matrimonio*, Parisius *consil.* 118. *volumine* 3. Socinus *consil.* 32. *lib.* 1. Boërius, & Couarr. *vbi suprà*, Zazius, Ruinus, Fabianus, & alij relati ab Aluaro Vazquez *num.* 5. *vbi suprà.* Dicitur autem decennium longum tempus, *rub. & l. penultim.* & *l. fin. C. de præscript.*

longi temporis, *l fideicommissa*, *§. Aristo*, *ff. qui & à quibus*, & Alexand. *consil.*17. *lib.*4. *numero* 2. & 3. ait longi temporis definitionem relinqui iudicis arbitrio, qui tamen iudicabit decennium esse tempus quod longum dici possit, ex eodem Alexand. *vbi suprà*, Cardinalis *in Clement.*1. §.*fin. quæst.*4. D. Nauarrus *in* §. *defleat*, *notab.*5. Carol. Molineus *in consuetudinibus Parisiensibus*, *tit.*1.§.41.*num.*19. Tiraq. *in tract.de præscriptionibus*, §.1.*gloss.*4.

2 Præterea si ad vitam locantis, seu conducentis fiat locatio, ad longum tempus est, Boërius *decis.*234. Nauarrus *in dict.* §. *defleat*, 5. *notab.* Corn. & Decius relati ab Aluaro Vazquez *vbi suprà*: tenet præter ipsum glos. & Scribentes *in l.*1.*ff.pro socio*, & Ludouicus Molina *in cap.*21.*lib.*1.*num.*16.*de Hispan.primogen.* vbi multa quoque adducit ad hanc receptissimam sententiam, & secundùm eam (non enim de ea dubitat,) decidit quæstionem de rebus maioratus alienandis titulo locationis, vel non alienandis. Denique hactenus habemus id receptissimum, conductionem ad longum tempus transferre vtile dominium; & dici ad longum tempus, quæ fit ad decennium, vel ad vitam alterius,locatoris, vel conductoris, vel dum conductor voluerit. Aliis autem modis quæ fiet locatio, erit ad tempus modicum, & dominium non transferet, veluti ad triennium, quinquennium, nouennium, *l. non solet*, *ff. locati*, *l.cùm manu sata*, §.*fin.ff.de contrahend.empt.* secundùm receptam interpretationem Baldi *in rubr.Cod.de iure emphyt.num.*7. Alex. *cons.*204.*lib.*3.*num.*1.

3 Sed tamen non desunt viri magni nominis, & egregiè eruditi, qui contendant hanc separationem inter vtrumque conductorem non reperiri lege aliqua constitutam, inuentamque fuisse ab Scribentibus sine lege, sine authore, & vt ipsi aiunt, sine ratione; aiuntque nullibi scriptum esse, locationem ad longum tempus transferre vtile dominium: quam sententiam tentauit Franciscus Connanus vir Gallus doctissimus, & liberaliter eruditus, *lib.*7. *Commentariorum iuris*, *cap.*12. & eum sequutus Pinell. *in l.*1.*Cod. de bonis matern. part.*3.*num.*66. & ante illos tentauerat Cumanus *in l. codicillis*, §. *instituto*, *num.*3.*ff.de legat.*2. & quia communis & receptissima sententia defenditur duobus Iureconsultorum responsis, in eo duo illi nouiores dant operam, vt responsa illa aliter diluant, & aliò retorqueant. Adducitur ergo pro communi, vt locatio ad longum tempus transferat dominium vtile, textus, qui meâ sententiâ apertissimus est, & qui communem etiam ab inuito extorqueat, *in l.*1.§.*quod autem ait Prætor*, *ff.de superficiebus*, ibi: *Et sanè causâ cognitâ ei, qui non ad modicum tempus conduxit superficiem, in rem actio competit.* Pinellus ait specialem rationem esse in conductore superficiei, vt si ad longum tempus superficiem conduxerit, habeat vtilem in rem actionem; hanc verò specialem rationem in eo versari aiunt, quia cùm superficiarius sit qui in solo alieno ædificat, conducta superficie, *l.obligationem*, *ff.de action. & oblig. l.fin. ff.de superficiebus*, vbi superficiarias ædes Caius appellat quæ in conducto solo positæ sunt, Alciatus *παρέργων iuris lib.*1. *cap.*36. posset reperiri fauor publicus, qui in ædificiis versatur, ne vrbes deformentur ruinis, *ex l. si quis*, *Cod.de ædificiis priuatis*, ibi, *publicum decus*; & *in l.præscriptio*, *Cod.de operibus publicis*, ibi, *ornatum & commodum ad decoram faciem ciuitatis*: & *in l.quod si vir*, 15.*ff.de donationibus inter virum & vxorem*, vbi contra notissimas iuris

regulas

regulas valet donatio inter virum & vxorem ad refectionem ædium. Ex quibus aiunt particularem esse ibi rationem, vt actio in rem concedatur, scilicet fauor hic publicus. Præterea expendunt verba illa dicti §.*quod autem*, ibi, *causâ cognitâ*; quasi firment regulam in contrarium, vt regulariter conductori negetur vtilis in rem actio, quæ tamen causâ cognitâ possit concedi: hæc tamen duo non debuerunt mouere viros doctissimos, vt contra communem interpretationem aliò retorquerent sensum legis apertissimum: nam primùm, si fauor publicus versatur in ædificiis, is non est extendendus ad casus longè alienos & separatos ab ædificiis; isque fauor tam in locatione ad longum tempus, quàm ad modicum posset habere locum: & pari ratione propter fauorem publicum, qui in ædificiis versaretur, tam conductor superficiei triennalis, quàm decennalis vtilem in rem actionem haberet, quia ita exornat vrbem conductor superficiei qui intra biennium ædificat, imò magis amplificat vrbem, quàm conductor ad decennium, qui intra decennium erigit superficiarias ædes. Præterea fauor publicus, qui versatur in ædificiis, potuit conseruari abundè aliis actionibus, scilicet, ex locato: neque Iureconsultus oculos coniiceret ad tempus longum, sed ad publicum fauorem. Præterea Imperatoriæ illæ constitutiones de vrbe non deformanda ruinis, & extruenda ad regulam posterioris, non potuerunt occasionem præbere responso Iureconsulti *in dict.§.quod autem ait.* Præterea Pinellus pessimè aduertit *ad §.quod si vir, ff.de donationibus inter virum & vxor.* vbi ex hoc fauore ait valere donationem inter virum & vxorem ad reficiendum collapsa; nam si donatio illa ex hoc fauore sustineretur, vtique dicendum esset, magis esse sustinendam donationem inter coniuges ad ædificandum, cùm magis deceat superficiarium erectio quàm refectio, aut reparatio: constat autem donationem inter coniuges ad ædificium de nouo extruendum non valere, *l.sed si mors, §. cùm quis acceperit, ff.de donationibus inter coniuges*, qui est vicinus dictæ legi *quod si vir*, & facilè potuit patere Pinello. Cùm igitur donatio ad reficiendum valeat, ad ædificandum non valeat, & in vtroque versetur fauor ille, certè non potuit ex illo valere illa donatio; valuit autem ex alio, quia accipiens non est factus locupletior, quo casu valet donatio. Textus mihi egregius *in l. si sponsus, §.concessa, ff.de donationibus inter virum & vxorem*, ibi, *accipiens id quod aliàs erat expensurus de suo*: in quo textus est magis admirandus, & rectè accipitur ex ea ratione, quia non fit locupletior; quæ ratio mouit Iureconsultum Paulum *in dict. l.quod si vir*, non autem fauor publicus, quem multi ad multa retorquent immeritò, vt diximus suprà *cap.1. num. final.* Mulier enim quæ reficit, nihil addit patrimonio suo; contrà verò si de nouo ædificat. Igitur ille fauor non potuit præstare actionem in rem; argumentum autem quod deducitur ex verbis illis, *causâ cognitâ*, debilissimum est; & si rectè expendantur, magis faciunt pro communi, vt scilicet non soleat transferri in conductores vtile dominium, *ex l.non solet, ff.locati*: causâ autem cognitâ si locatio reperiatur ad longum tempus, vel definito tempore, vel ex præsumpta voluntate, quia detur ad vitam alterius, vel ad voluntatem conductoris, vel aliàs constet voluisse modo alio ciuili locatorem dominium vtile transferre in conductorem, vel aliàs expresse; tunc quidem actio vtilis in rem datur, & ita interpre-

tamur dictam legem *non solet*, vt licèt non soleat dominium transferri in locatorem, transferatur tamen causâ cognitâ, id est, perspecta voluntate locatoris, quam ius interpretatur ex longo tempore, ex vita, ex voluntate, si aliàs expressum non sit a contrahentibus: manet ergo communis sententia firmata *ex dict. §. quod autem*, quem nouissimè ita allegat Ludouicus Molina *dict. cap.21. num.16.* vltra omnes,de quibus suprà alia addit Aluarus Vazquez *dict. num.28.vers.ad iura*, quæ iuncta his fortiorem faciunt receptam sententiam.

Alterum Iureconsulti responsum est *in l.1. §.qui in perpetuum, ff. si ager vectig.* ibi: *Quamuis domini non efficiantur, competere eis in rem actionem.* Sed reuerà nihil facit pro communi, & vera est interpretatio nouiorum; est enim illud proprium, vt conductores agri vectigalis etiam ad modicum tempus vtilem in rem actionem habeant, ac subinde dicantur vtiles domini; eaque lege habent hos agros, vt quandiu pensionem soluant, adimi sibi non possint: & dicebatur vectigalis ager respectu vectigalis & pensionis, & perpetuarius respectu conductoris, qui perpetuò accipiebat, id est dum pensionem persolueret, *l.fin.Cod.de locatione prædiorum ciuilium, lib.11.l.1. Cod.de offic. Comitis sacri Palatij. Ad Palatinorum*, inquiunt Arcadius & Honorius Imperatores, *curam & rationalium officia perpetuarij, hoc est emphyteuticarij iuris exactio reuertatur.* Iam diu enim Respublica & Principes consueuerunt agros publicos locare statutâ certâ pensione, quæ quotannis solueretur, idque iam à Græcis profectum acceperunt Romani, de quibus Aristoteles *œconomic.11.* tradit, Bizantios pecuniâ indigentes, publicos fundos certa mercede locasse, fructuosos ad tempus, infructuosos in perpetuum. Itaque ager locatus à Principe vel Republica, siue daretur in perpetuum, siue ad tempus, dabatur instar rei emphyteuticæ; & ex locatione illa dabatur vtilis in rem actio, & dicebatur contractus ille perpetuarius, vel vectigalis, siue emphyteuticarius, *ex d.l.fin. iuncta dict.l.1.de officio Comitis sacri Palatij*, & *iuncta dict.l.1. ff.si ager vectigalis, cum l.3.ff.eod.* ibi, *idem est si ad tempus habuerit conductum*: vbi gloss. malè interpretatur, *ad tempus*, id est, *longum*, diuinando apertè. Ita interpretatur Alciatus *lib.1.Parergon, cap.36.& 37.* & *lib. disjunct. num.3. cap.10.* Corasius *in l.ei qui, num.18. ff. de seruitutib.* Connanus *lib.7. commentar. iuris*, & alij plures prolixè relati per Aluarum Vazquez *quæst.29.num.28. versic.ad text. verò:* proinde neque lex 3. nec lex 1. *versic. qui in perpetuum, ff. si ager vectigal.* faciunt pro communi, quia in illa locatione rerum ciuilium, particulariter concessa est conductori ad breue, siue ad longum tempus actio vtilis in rem, & trahi ad particulares conductores non potest, salua recta ratione iuris constituti: ex quibus quoque patet rubrica illa desumpta ex his iuris regulis, si ager vectigalis, vel emphyteuticarius petatur, *ex dict. l.1. de officio Com. sacr. Palat.* quam alij euertendo aliter legendam esse contendunt, nihil animaduertentes *ad dict. l.final.& dict.l.1.* nec quicquam contra communem facit lex *qui fundum, ff.locati*, vbi locatio plurium annorum simplex est sine hac actione vtili in rem, quia plures anni tribus continentur: nec lex *non solet, ff.eod.* quia bene verum est non solere locationem dominium transferre, sed tamen aliquando reperitur, quod magis quadrat verbo, *non solet*, ex hisque constituendum est receptam sententiam veram esse, & habere textum pro se ineuitabilem

tabilem

tabilem *in dict.l.*1. §.*quod autem ait Prætor*, *ff.de superficiebus*, à qua non est recedendum propter solam authoritatem Pinelli & Connani, quæ iuris rationi subiicienda est.

Hinc ad multa inferunt Doctores, præsertim nouiores, quæ ex hac receptissima sententia deciduntur, & recepta item sunt; euertebantur autem omnia retentâ Connani & Pinelli noua opinione, adeò periculosum est ab ea sententia, quam plures probant, leuiter decedere; & primùm, an prohibitus alienare, possit ad longum tempus locare: quod quantum attinet ad res ma- 4
ioratus, disputauit Ludouic. Molina vt solet doctissimè *lib.*1.*cap.*21. *num.*18.& *sequentibus*, vbi resoluit partem negatiuam, & extendit ad feudatarium & emphyteutam, vbi contra Carolum Molineum *in consuetudinibus Parisiensibus*, §.41. *titul.* 1. *num.*36. & contra Couarr. *variarum lib.*2.*cap.*16. *num.*1. & contra Pinellum *de bonis matern.lib.*1. *part.* 3. *num.*64. tenet, quod etiamsi res emphyteuticæ, feudales, & maioriæ, aut Ecclesiæ non possint locari ad longum tempus, commoditas tamen ipsa, quæ ad possessorem pertinet, locari possit, quod optimè explicat *num.*26. non quòd locatio commoditatis ad plures annos facta valere debeat mortuo maioratus possessore, eodemque locatore; illud enim fieri non potest, quia locator plus iuris in conductorem transferre non potuit quàm ipse habebat: sed ita recipiatur, vt ea locatio non sit alienatio, valeatque eo modo, quo locationes ad modicum tempus valere consueuerunt; quem sensum optimum illum mihi apertè probat caput *querelam, ne Prælati vices suas*, si rectè verba illius decisionis expendantur. Circa principalem quæstionem multa adducit Aluar. Vazquez, secutus etiam communem, vt locatio ad longum tempus sit alienatio: quod autem laborat circa glos. *in l.codicillis*, §.*instituto*, *ff.de legat.*2. Accursus bonum sensum habere potuit; cùm enim Iureconsultus ibi agat de alienatione, non rei, sed commoditatis, hoc est pensionis; cumque Accursius ibi in prima parte agat de alienatione item commoditatis, subdit his verbis, quod textus præstat argumentum, quod locatio ad centum vel mille annos non sit alienatio, idque verissimum est; non enim locatio ad longum tempus inducit alienationem, sed locatio longi temporis rei prohibitæ alienari, & in hunc modum intelligit legem *non solet*, *ff.locat.* & optimè: quo fit in proposito, *dict.* §. *instituto*, vt locatio ad mille annos, vel ad centum annos, quod exempli causâ addidit, cùm sit commoditatis rei, scilicet non prohibitæ alienari, non inducat alienationem; isque potuit & debuit esse sensus Accursij ex fundata iuris ratione, licèt reprobetur communiter. Tiraq. *de retract.lignagier*, §.1.*gloss.*14. *num.*91. Couarr. *variar. lib.*2.*cap.*16. suprà adductus. Dueñas *reg.*40. *num.*12. Meneses *in l.voluntas*, *num.*8. *Cod.de fideicommissis*, & Aluar. Vazquez vbi suprà *num.*7. qui dicit Accursium sine dubio non habuisse bonum sensum iuris, qui reuerà habuit bonum sensum iuris & elegantem, vt alienatio non ducatur à solo tempore, sed etiam à re quæ alienari nequeat; vtrumque autem faciat alienationem, non sola locatio ad tempus non modicum. Quod ad multa vtile est in tutoribus, curatoribus, Rectoribus Ecclesiarum, institoribus, & negotiorum gestoribus; & ita meritò Molina allegauit Accursium ad suam quæstionem de alienatione commoditatis *in dict.* §.*instituto*. Estque noua & elegans

allegatio pro sua interpretatione, vt etiamsi sit locatio ad longum tempus, non inducat alienationem, ex Accursio *in dict. §. instituto.*

Quod & ad locationes rerum Ecclesiæ extendendum est, vt sicuti alienatio in ipsis prohibita est, ita quoque prohibita sit locatio ad longum tempus, quod resoluunt Molina, & Aluarus Vazquez vbi suprà, post Tiraquellum *de retractu lignagier*, §. 1. *glos.* 14. *num.* 81. & Couarr. *variarum lib.* 2. *cap.* 16. contra Baldum *in c. litera, de dilationib.* Ruinus *consilio* 161. *num.* 22. & *consil.* 77. *lib.* 1. & Rolandum *consil.* 96. *num.* 24. & 27.

Inde inferunt ex hac recepta sententia, quod si locatio fiat ad modicum tempus, cum pacto renouandi in aliud tempus, quod priori adiuncto longum tempus efficiat, rei quæ prohibeatur alienari, quod censebitur conductio ad longum tempus, ac subinde alienatio facta in fraudem legum quæ alienationem prohibent, vt si quis locet rem prohibitam alienari pro duobus nouenniis, vel pro duobus vel tribus quinquenniis, vel pro nouem & quinque annis, vel pro decem, & intelligantur decem locationes; hæc enim locationis genera machinationes sunt in fraudem legis conceptæ: tenent plures quos allegat Aluarus Vazquez *dict. quæst.* 21. *num.* 15. post Tiraquel. *in* 2. *retractu, in præfatione num.* 2. Molineus *in consuetudinibus Parisiensibus tit.* 1. §. 41. *num.* 36. Oroscius *in l. manumissiones, num.* 7. *de iustit. & iur.* Couar. *lib.* 2. *resolutionum, cap.* 16. *num.* 4. pro quibus est textus *in authentico de non alienandis*, §. *neque*, ibi: *Quam per reuolutionem & machinationem perpetuas emphyteuses.* Et est egregia declaratio ad extrauagantem Paulinam, incipit, *ambitiosæ*, & *ad session.* 25. *cap.* 11. *de reformatione*, in Concilio Tridentino.

Inde ad tutorem, quia prohibetur alienare, inferunt Scriptores, vt prohibeatur locare ad decennium, vel vltra, Boër. *decis.* 232. Alexand. *consil.* 117. *lib.* 5. idem & in marito Anton. Gom. *in l.* 50. *Tauri, num.* 57. Alciatus *in l.* 1. *ff. solut. matrim. num.* 57. Aluar. Vazq. *suprà num.* 10.

Inde inferunt *ad l. emptorem, C. locati*, & *l.* 19. *tit.* 8. *part.* 5. quod licèt par-
5 ticularis successor non teneatur stare colono, tenetur tamen stare colono ad longum tempus, propter vtile dominium quod talis colonus habet, Couar. *lib.* 2. *variarum, cap.* 15. *num.* 2. Dueñas *reg.* 240. *num.* 2. Dom. Antonius Meneses *in l. voluntas, num.* 19. *C. de fideicommiss.* & alij plures relati ab istis, & quos refert Aluar. Vazquez *vbi suprà*, & an res maioratus locatæ ad longum tempus nouo successori incipiant pertinere, & quomodo, quantumque hæc ipsa locatio conseruetur, vide Greg. Lopez *in l.* 2. *tit.* 8. *part.* 5. *verb. El heredero*: & post ipsum Molinam *dict. lib.* 1. *cap.* 21. *num.* 28. *& seq.* vbi latissimè.

6 Inde illud quoque descendit, quod nonnulli voluerunt, vt scilicet ex hac ratione vtilis dominij, quod ex locatione longæua transfertur, talis locator sit veluti emphyteuta; non deerant enim qui omnino similes contractus hos existimarent, quos refert Tiraquel. *lib.* 1. *retractus*, §. 1. *glos.* 14. *num.* 84. Alexand. *cons.* 14. *lib.* 4. Socinus *cons.* 167. *lib.* 2. verissimum tamen est, esse contractus, & re, & nomine separatos, Iason *in l.* 1. *C. de iure emphyteutico, numero* 36. & non licet de vno ad alium argumentari, nisi quatenus est in iure expressum. Ioannes Andreas ad Speculatorum *tit. de locato*, §. *nunc aliqua, versic.*

sic.4. circa finem additionis. Differentias autem ex quantitate pensionis ponit Baldus *in d.c. literæ*, & Decius *consil.* 142. Afflictis & alij relati ab Aluaro Vazquez *dict. quæst.29. num.19.* vbi alia addit: vbi autem reperiatur in vtroque eadem ratio, tunc bene deducitur argumentum de vno ad alterum. Decius *in auth. qui rem, in principio, C. de sacrosanctis Eccles.* Tiraq. *dict. num.84.* Alexand. *consil.117. lib.4. num.11.*

Ex qua æquiparatione descendebat illa opinio glossæ *in c. propter, §. verum, versic. vel cùm canonem, de locato*, quam sequitur Abb. ibi *num.10.* & alij, & Ias. *in l.2. de iure emphyt. num.39.* vt sicuti emphyteuta Ecclesiæ potest expelli si biennio cessauerit à solutione canonis, *cap. potuit, de locato*: ita quoque conductor ad longum tempus. Verissimum tamen est hanc sententiam non probari *in dict. §. verùm*, vbi nihil de locatione ad longum tempus, sed simpliciter de locatione fit mentio, quæ simpliciter de minori & maiori est accipienda; ob idque planè intelligendus est dictus §. *verùm*, in conductore rei Ecclesiæ, siue ad longum, siue ad modicum tempus, vt à iure totali suæ locationis expelli possit, si biennio cesset à solutione canonis: ita intelligit Ias. *vbi suprà, num.* 37. & Greg. Lopez *in l.5. titul.* 8. *part.5. verb. Dende adelante.* 7

In rebus verò non Ecclesiæ, sed laicorum, illud ex hac sententia fuit obseruandum, vt sicuti conductor ad longum tempus habet vtile dominium rei locatæ; ita quoque cum emphyteuta comparetur, vt quemadmodum hic nisi non soluto canone triennio non potest expelli ab emphyteusi, ita quoque conductor ad longum tempus, *l. 2. C. de iure emphyt.* & tenet Tiraquellus vbi suprà *num.48.* Ias. *in dict. l.2. num. 39. C. de iure emphyt.* Baldus *in dict. cap. literæ, de dilationib.* & alij relati per Aluar. Vazquez *dict. quæst. 21. num. 21.* quamuis contrarium tenuerint Imol. *in l. vectigalia, §. 1. ff. de publicanis*, & Neuizanus *consil.92. num.52.* moti quòd nusquam legatur, conductorem posse expelli ob non solutum canonem; hocque ita receptum est iure communi, nostro autem iure Hispano difficilior quæstio est, ex duabus legibus ferè pugnantibus, *l.5. titul. & part.5.* & *l.6. eod. titul. & part.* vbi ita ait: *Alquilada teniendo algun ome de otra alguna casa, si no le paguare el loguero a los plaços que pusieren con el, a lo mas tardar a la fin del año, segun deximos en la ley ante desta, dende adelante el señor de la casa puede hechar della al que la tiene alquilada, sin calona, e sin pena.* Vbi expressum est, ob canonem non solutum vno anno posse expelli conductorem: at verò *in l.6. tit. eod. & part.* dum numerantur causæ propter quas conductor potest expelli, ita ait: *La quarta es si allogasse la casa por quatro años, o cinco, auiendo a dar por ella cada año loguero cierto; ca si passaren dos años que non paguasse loque devia dar dende adelante, puedele hechar della.* Quæ lex in eo corrigit receptas traditiones, de quibus suprà, vt in conductione rei, non Ecclesiasticæ, sed secularis expectetur cessatio biennij, non triennij: rursum pugnat cum dicta lege 5. quia illa annum, hæc biennium expectat. Greg. conciliat illas leges, vt dicta lex 5. procedat si locatio facta fuit ad biennium, vt hoc casu non expectetur totum biennium, sed vnius anni solutio non facta prosit ad expulsionem. At verò dicta lex 6. procedat in locatione facta ad plures annos, quatuor, quinque, decem, pluresve,

resve, vt tunc expectetur biennium ad expulsionem: & hæc magis quadrat literæ dictarum legum, *in dict.l.6.* ibi: *Por quatro o cinco años*, & *in dict.l.5.* ibi, *A la fin del año.* Secundò soluit, vt cessatio solutionis vno anno prosit ad expellendum locatorem à præsenti vsu rei, & sic procedat dicta lex 5. At verò cessatio solutionis biennio prosit ad expulsionem perpetuam, & ita procedat dicta lex 6. & quadrant verba dictæ legis 6. ibi; *Dende en adelante puede le hechar della.* Nota verbum, *Dende en adelante*; quod est, *deinceps*, hoc est perpetuò. At *in dict. l. 5.* etiam est verbum illud: vide Baldum, & Salycetum *in l. ædem, C. locati*; & vtraque solutio est optima, & conuenit literæ dictarum legum. Adde quod ait Gregor. Lopez, quod si appositum est pactum de non expellendo conductorem, adhuc expelli potest, cessante solutione toto biennio. Ita tenet & notat Gregorius Lopez *dict.l.5.* post glossam *in l.quæro, §.inter locatorem, ff.locati*, & Baldum *in dict. l. ædem*, Alexand. *cons.109. volumine 3. cum quatuor sequentibus*; & hæc pertinent ad æquiparationem conductoris ad longum tempus cum emphyteuta; quia propter dominium vtile acquisitum, cessatio solutionis quæstionem dominij refricare videtur; vnde cùm subsit eadem ratio, meritò inducitur idem ius.

8 Inde est etiam, vt pœna commissi imposita emphyteutæ alienanti, imposita censeatur emphyteutæ locanti ad longum tempus, quia locatio illa, ex his quæ diximus, alienatio est, ob idque videbatur pœnæ locus esse; idque ea ratione videtur dicendum, quòd cùm ex locatione ad longum tempus vtile dominium transferatur, iusque in re constituatur, vt suprà ostensum est, id in re alienari prohibita constitui non potest, *ex l. fin. C. de rebus alienis non alienand.* per quem textum aiunt. Bartol. Bald. & Scribentes ibi, quod prohibitus alienare non potest transferre vtile dominium, & sic ius in re; & tenent Scribentes *in l.filiusfamilias, §.Diui, ff.de legatis secundo, ex dict. leg. fin.* Immò Baldus post gloss. ibi *in cap. 1. §. noui, per quos fiat inuestitura*, & idem Baldas *in cap. 1. §. aut si libellario, quibus modis feudum amittatur*, ait propriè alienare, qui vtile dominium transfert. Imol. & Abbas *in cap.intellecto, de iureiurando*, aiunt periurum esse Prælatum, qui iurauit, non alienaturum se res Ecclesiæ, si ad longum tempus locet: & ita tenent commissi pœnam habere locum in conductione ad longum tempus, sicuti in vera alienatione, Baldus *consil.415. lib.1.* Iason *in l.1. num.35.* & *l.final. num. 12. C. de iure emphyt.* Alexand. *consil.119. lib.3. num.7.* Tiraquellus *vbi suprà, num.82. lib.1.retract §.1.gloss.14.* Hæc quæstio non est eadem, de qua suprà, quia ibi quæririmus, an sit alienatio, vt non valeat in rebus prohibitis alienari: hîc quærimus de pœna imposita alienantibus, an habeat locum in locantibus ad longum tempus, quod erit addendum Molinæ *dict.cap.21.lib.10.* & *capit.1. lib.4.* & pertinet *ad l.final. C.de iure emphyt.* an commissum appositum alienanti debeat apponi locanti ad non modicum tempus. Carolus Molineus *dict. consil.119.* & Couarr. *variarum lib.2.cap.16. num.2. vers. hinc etiam, ad finem*, atque eos secutus Aluarus Vazquez *dict. quæst.29. num.23.* tenent quod non sit locus commisso propter locationem ad non modicum tempus; quorum ratio est, quia etiamsi verum sit prohibitam esse locationem ad longum tempus rerum Ecclesiæ, & prohibita alienatione prohibitam esse locationem ad longum

gum

gum tempus; id tamen aiunt impropriè esse, vt conductio sit alienatio, & ex lata verbi significatione, *l. si fundum, ff. de fundo dotali, l. alienatum non propriè, ff. de verb. significatione, l. non alienat, ff. de regul. iuris, l. item si res, §. sunt & alia, ff. de alienat. iudicij mutand. caus. facta.* Quibus constat, conductionem ad longum tempus non esse propriè alienationem; & licèt plerumque ob latam dictionis significationem res prohibita alienari, ad longum tempus locari non possit; hæc tamen impropria significatio accipienda est (vt ipsi aiunt) ad hoc vt contractus non valeat, non ad pœnam infligendam locanti. Baldus *in l. Voluntas, Cod. de fideicommis.* & quia pœna priuationis non est extendenda, nisi quatenus reperitur expressa, *l. at si quis, §. Diuus, ff. de relig. & sumptib. funer. auth. de non eligendo secundò nubentes, §. cùm igitur.* Cumque in locatore ad longum tempus hæc pœna non reperta sit, sed in alienante, meritò decedunt ab illa opinione, vt commisso non sit locus; ideoque aiunt alienationem illam fictam non valere, scilicet, conductionem ad longum tempus; at verò non esse locum commisso, nec Prælatum esse periurum, cum Calderino *in cap. cùm contingat, de iureiurando*, contra Abbat. *vbi sup.* & licèt Aluarus Vazquez videatur ad finem ab his decedere, hæc tamen opinio, vt commissum locum non habeat, æquior est, vidique iam semel vsu forensi in hoc Senatu obseruatam.

Hinc illud quoque consequitur, vt emphyteutæ facienda non sit remissio 9 mercedis propter sterilitatem, *l. 1. de iure emphyt.* dicimus *propter sterilitatem*, quia si tota res emphyteutica pereat, periculum est domini; vnde illud vulgatum, *Si res pereat tota, liberabitur emphyteuta; sed si pro parte, nulla liberabitur arte:* quod refert Ananias *in cap. potuit, de locato, num. 13.* & est hoc receptissimum *in dict. l. 1.* ex Iacobino & aliis *in auth. qui rem, Cod. de sacros. Eccles.* Iulius Clarus *lib. 4. Sententiar. §. emphyteusis*; quanta autem pars futura sit reliqua, vt pensio soluatur, illud æquius est, aliquid superesse, ex quo pensio possit solui, Bald. *dict. l. 1. num. 9. oppos. 2.* Abbas *in dict. cap. potuit*, Fulgos. *dict. l. 1. num. 11.* Platea *dict. §. adeò, Instit. locat.* Anania *dict. cap. potuit, num. 31.* quin illud receptissimum erat, sufficere vt pensio solueretur, quod pars aliqua fundi remaneret, Tiraquellus *in l. si vnquam, verbo omnia vel partem, num. 17. Cod. de reuocandis donationib.* Iacobinus vbi suprà *num. 26. dict. l. 1.* ibi, *nihil reliquum*; plures adducit Aluarus Vazquez *quæst. 27. num. 4.* qui *num. 5.* ait, vidisse se remissionem istam factam fuisse arbitrio bonorum virorum, qui ad hoc assignarentur, quod ego iam obseruatum in hoc Senatu animaduerti. Quod tamen ita accipiendum est, dummodo pensio modica sit, nec fructibus respondeat; nam si fructibus respondeat, tunc quia locationi propiùs accedit, fiet remissio, vt dicemus de conductore; & pertinent hæc ad interitum rei emphyteuticæ, vel in totum, vel pro parte; in quo est dicta lex 1. *Cod. de iure emphyt.* Propter sterilitatem autem contingentem in fructibus non fit remissio pensionis, quia in emphyteusi modica pensio est, quæ soluitur potiùs in recognitionem dominij, quàm ratione fructuum, vt est notissimum; quæ recognitio, siue extent fructus, siue non extent, facienda est: & ita tenent omnes *in dict. l. 1. Cod. de iure emphyt.* vbi Bald. *num. 10. quæst. 4.* dicit communem: idem dicit Bart. *in authent. perpetua, Cod. de sacrosanct. Ecclesiis*, Iacobinus *in*

authent. qui rem, Cod. de sacros. Ecclesiis, Marcus Anton. Nat. *in consil.*94. Cæpola & alij plures, quos refert Aluarus Vazquez *dict.quæst.*17.*num.*7. vbi latissimè, quod si sit par fructibus, vel paulò minor, vel quanta daretur si res locata esset; tunc pensio pro fructibus constituta est, non verò in recognitionem dominij: & cessat ratio, ob idque est locus remissioni, glossa *in authent. perpetua, vers. sextam, Cod. de sacros. Eccles.* Bartol. & Salyc. *num.* 20. *in d. l.* 1. & alij plures ex his, quos suprà adduximus, & tenet Gregorius Lopez *in l.*1. *de iure emphyteut. aliàs* 28. *tit.* 8. *part.* 5. verbo, *Ochaua parte.* Quomodo autem, & in quota parte fructuum continget sterilitas, vt locus sit remissioni, videndum; agimus enim de sterilitate fructuum, quia lex 28. *tit.* 8. *part.* 5. quatenus de octaua parte loquitur, referenda est ad deteriorationem rei, non sterilitatem fructuum, de quibus ibi nihil agitur, vt patet ad oculum, quamuis ad hoc quoque adducatur, & malè. Apud nos ratio hæc petenda est *ex l.*22. *tit. & part. ead.* vbi Gregorius Lopez recitat opiniones, quæ de hoc fuerunt iure ciuili. Idem facit Aluarus Vazquez *dict. quæst.* 27. *num.* 24. Couarr. *practicarum quæst.* 30. Ægidius Boscius *de remissione mercedis ob conductionem*, vbi latissimè per plures numeros, Gigas *de pensionibus quæst.* 62. Pinell. *in l.* 2. *Cod. de rescind. vendit.* 1. *parte, cap.* 3. *num.* 11. In qua Scribentium varietate optima declaratio est *ex dict. l.* 22. vt si omnes fructus perdantur, fiat remissio, ibique *toliesse todos los fructos dezimos, que non es tenudo el que lo tenuiesse arrendado de dar ninguna cosa del precio del arrendamiento que touiesse prometido.* Alter casus est, vt si aliqui fructus remanserint, & colonus petierit remissionem, cogatur deductis expensis fructuum reliquos fructus relinquere domino prædij, aliàs pensionem soluat integram, ibi: *Pero si acaesciesse que los fructos non se perdiessen todos, e cogiere el labrador alguna partida dellos, entonces en su escogencia si ha de dar todo el arrendamiento de la heredad al señor, e si non de sacar para si las despensas, e las missiones que fizo en labrar la heredad, e lo que sobrare de lo al señor de aquella cosa que tenia arrendada.* In quo est egregia decisio nostri textus, & tollit difficultates Scribentium; & in eo aduertendum est *ad l.* 23. *ead. partit. & tit.* vbi si locatio est ad plures annos, vnius anni sterilitas compensatur cum vbertate alterius, & euitatur remissio; ad quod plurimùm solent aduertere peritiores Aduocati.

Quod si res locata pereat, vel pro parte, vel in totum, an teneatur locator, vel conductor? vide legem 8. *eod. tit. & part.* & ibi Gregorium Lopez; namque superiùs dicta pertinent ad remissionem mercedis ob fructus non collectos; in colono enim & conductore fit remissio fructuum, aut pensionis propter sterilitatem contingentem in eo, vel in fructibus rei locatæ, *l. licet, Cod. locati, l. ex conducto, §. si vis tempestatis, ff. eodem, d. l.* 22. *tit.* 8. *part.* 5.

Vnde ex æquiparatione emphyteutæ & conductoris ad longum tempus, non deerant qui existimarent negandam quoque esse remissionem conductori ad longum tempus, quos referunt Gregorius Lopez *in dict. l.* 22. *verb. Arrendada*, & Aluarus Vazquez *quæst.* 29. *num.* 24. post alios quos ipsi referunt. Sed tamen contrarium verius & receptius est, vt remissioni sit locus, Gregorius Lopez *vbi sup.* Petrus Cynus, Bald. & Ias. *num.* 21. & 36. *in dict. l.* 1. Abb. Imol. & reliqui *in cap. potuit, de locato*; quod verissimum est ex his quæ diximus pro emphyteuta,

emphyteuta, de pensione modica, & quod detur in recognitionem dominij; quod alienum est ab ipso conductore, vbi pensio pro fructibus, & ad rationem fructuum constituitur. Quod si conductor ad longum tempus quispiam vocetur, & exiguam pensionem solueret in recognitionem dominij, hunc emphyteutam rectiùs putarem, obseruata recta ratione iuris, & remissionem negarem. Ratio autem concedendæ remissionis, vel non, faciebat negotium antiquioribus, quia conductor ad longum tempus vtile habebat dominium, ex quo videri poterat similis emphyteutæ: similitudo autem aliunde expectanda est, scilicet ex modica pensione, que non soluatur propter fructus, sed propter dominium directum, & in recognitionem ipsius; tunc emphyteutam censeo, licèt de generationibus nulla mentio facta sit; & locus erit regulis quæ de emphyteuta latæ sunt, aliàs ad colonorum & conductorum iura accurrendum est.

Non defuerunt item, qui æquiparationem emphyteutæ & conductoris di- 10
latarent ad expensas & meliorationes: quod vt innotescat, præmittendum est, meliorationes vtiles & necessarias conseruari colonis & conductoribus in re conducta, siue conductio finiatur tempore, siue culpâ, *l. dominus horreorum*, §.1. *l. ex conducto*, *ff. locat.* Iason *in l. 1. Cod. de iure emphyt. num. 25. & sequent.* Tiraquellus *in 2. retractu*, §.7. *gloss. 1. num. 16.* Gregorius Lopez *in l. 24. tit. 8. partit. 5.* vbi textus iure nostro expressus, & optimus in proposito, & qui explicat apertè, quas meliorationes colonus sibi conseruet, faciendo (inquit) *labores o cosas de nueuo, e plantando y arboles o viña, porque la cosa vala mas de la renta à la sazon que la dexan, que quando la tomaron.* Ex quibus verbis satis explicatur quid veniat nomine meliorationis; intelligimus enim quicquid rei accedit, quocunque modo accedat, ex quo valor rei & eius æstimatio augeatur, siue id in reficiendo, siue de nouo ædificando contingat, vel in eam rem expendas; siue rei mutata forma sit, siue non sit mutata; vtcumque res accrescat, eiusque æstimatio, tunc rem melioratam dicimus, vt omne augmentum comprehendamus; reparamus enim & reficimus vetusta, & quæ reparationem exigunt, ne corruant, idque manente eadem forma rei, *l. 3. §. reficere*, & ibi glossa, & Bartol. *ff. de itinere actuque priuato. Reficere*, inquit Vlpianus, *sic accipimus, ad pristinam formam iter & actum reducere, hoc est, ne quis dilatet, aut producat, aut deprimat, aut exaggeret.* Aliud enim est reficere, aliud longè facere, *l. 1. §. si quis, ff. de via publica*, ibi: *Propter quod neque altiorem, neque longiorem, nec latiorem, neque humiliorem viam sub nomine refectionis is qui interdicit, potest facere.* Textus elegans *in l. si quis ædificium, ff. de noui operis nuntiat.* ibi: *Hic enim non nouum opus fecit, sed veteri sustinendo remedium adhibet.* De quo vide Paul. *in §. opus nouum, dict. l. 1.* & Iason. *in dict. §. si quis ædificium*, & alios refert Boërius *decision. 43. statim in principio.* Textus elegans *in l. 4. Cod. de operibus publ.* quæ inter reparantem & ædificantem de nouo distinguunt: ex qua constat prohibitum ædificare, non prohiberi reficere collapsa; quod tamen intelligendum est, nisi vetusta illa omnino diruta sint, & æquata solo; tunc enim reparari illud non potest, quia ædificium est de nouo, *l. 1. § ædificare*, vbi Bald. & Angel. *ff. de mortuo inferendo.* Adde quæ de vsufructuario reficiente adduximus *cap. 12.* cui tamen non licet meliorare

mutatâ formâ rei. Quod attinet ad nostrum institutum; vterque meliorat, & qui dat operam, vt sarta tecta sint, & qui à solo erigit: vtrumque agnouit lex 24. suprà adducta, & apertè quoque lex 44. *tit.*28. *partita* 3. ibi: *Despensas fazen los homes en las casas, o en las heredades agenas que tienen, non faziendo y de nueuo al una cosa, mas refaziendo o enderecando los edificios en los logares do es menester, o faziendo y algunas cosas que son provechosas a la casa ò a la heredad.* Et *in l.*41. *eadem partit.& tit.* ibi: *E despues que las han compradas fazen y de nuevo alguna cosa assi como torre.* Et ibi: *Que sea tenudo de tornar al otro todas las despensas que oviere fecho de nuevo.* Et Gregorius Lopez, verbo *Nuevamente*, agnoscit hanc ipsam meliorationem, siue de nouo faciendo, siue reparando; vtcumque enim reparatione, vel ædificatione rei æstimatio crescat,elioratum fundum existimamus; namque *in dict. l.*24. facies fundi mutatur, ibi enim colonus formam prædij mutauit in vineam, & expensas accipit, ibi: *E plantando y arboles o viña.* Quod est conuenientissimum iure ciuili *in l.colonus, ff.locati*, vbi colonus etiamsi lege locationis non est comprehensum vt vineas plantaret, nihilominus vineas in fundo instituit, quibus insitis cœpit fundus pluris locari, eiusque æstimatio creuit: dominus colonum ob non solutam mercedem fundo eiecit, & nomine pensionum quæ deberentur, ipsum conuenit; ipse de meliorationibus excepit, respondetque Scæuola, expensas eum consecuturum, quia etiamsi mutata forma in vineam, tamen fundus auctus est, ex qua lege *colonus*, & *dict.l.*24. formam mutat colonus, dum
11 tamen rem meliorem efficiat: in vsufructuario verò mirabilis est lex *æquissimum, ff.de vsufruct.* vbi & vites & olиueta eiiciuntur, & mutatur forma rei; ob idque dicta lex *colonus*, non debuit videri mirabilis Tiraquello *in* 2. *retract.* §.7.*glos.*1.*num.*16. Est ergo verissimum, meliorari posse rem mutatâ formâ, & conseruatâ, contra Boërium *dict. decision.*44.*in principio*, & Beroium *cons.*89. *lib.*1.*num.*35. & Nattam *cons.*601.*lib.*1.qui existimant tum demùm melioratam esse rem, cùm æstimatio aucta est, & forma immutata, contra notissimas iuris regulas, *l. hactenus, ff. de vsufructu, l. vsufructuarius, la* 1. *&* 2. *ff. eod.* immò Paul. *in cons.*270.*in* 2.*volumine*, tenebat plantationem, & deboscationem, & redactum montem ad culturam, non pertinere ad meliorationem, quem sequitur Antonius de Fano *de pignoribus & hypothecis* 5.*parte, membr.*4. *num.*11. existimabant enim pertinere hoc ad fructus; dicendum tamen est pertinere ad meliorationem, *dict.l.*41.*&* 44.*&* 43. & *dict.l.*24. suprà, & quæ tradit Paulus *in l.domos, ff.de legat.*1.

12 Quod tamen sanè intelligendum est, dupliciterque interpretamur, scilicet respectu emphyteutæ, & respectu locatoris; nam respectu emphyteutæ alia ratio est, cùm ex natura contractus imboscationes, & plantationes, & insitiones contineantur, vt diximus sæpiùs; emphyteusis enim insitio est, & qui emphyteusim accipit, ad inserendum, plantandum & boscandum accipit; vnde has meliotationes non conseruat, secus verò maiores, quæ non veniunt nomine emphyteusis; has enim & finito tempore, & ob culpam eiectus emphyteuta consequitur, vt sunt ædes, molæ frumentariæ, muri, reliquáque id genus maiora & pretiosiora: vide suprà *cap.6.num.*21.

13 Secundò intellige in expensis necessariis & vtilibus, duraturis vltra tempus

pus conductionis; nam si meliorationes sint propter fructus, vel pro tempore conductionis duntaxat, planè nihil debetur, Boërius *dict. decis.* 44. Antonius Gomez *de Contract. cap.* 3. *num.* 20. Alex. *in l. diuortio*, §. *impendia*, *num.* 3. *ff. solut. matrimon.* Itaque licèt conductor plurimùm expendat, si parum vtilitatis permaneat locatori finita conductione, illud parum debetur; si multùm, multùm, vt id tantùm soluat locator, quod ad eum peruenit; illud verò quod de modica, vel magna expensa recipitur, in marito & patre singularem considerationem habet, & in illis statutum reperitur, non in aliis, vt diximus supra de vsufructuario, & marito: in nostro conductore id consequitur, quod ad locatorem peruenit. Ex quibus est interpretatio ad Paulum *dict. cons.* 270. quod intellexit de emphyteuta, aut de sumptibus propter fructus; illud autem quod distinguit de magna & parua quantitate Aluarus Vazquez *quæst.* 21. *num.* 15. obtinere non debet vltra vsufructuarium & maritum, contra Ruinum *cons.* 134. *lib.* 3. & Rolandum, qui eum sequitur, *cons.* 28.

Et hæc obtinent licèt conductor & colonus culpâ suâ eiiciantur, non solùm finita locatione, *dict. l. colonus*, *dict. l.* 24. Paulus *in authent. qui rem*, *C. de sacrosanct. Eccles. num.* 6. Bartol. Paul. Fulgos. *in dict. l. colonus*, Iason *in* §. *actionum*, *num.* 183. *Instit. de actionib.* Aretinus *in l. Senatus*, quam legit *sub l. cætera*, §. *Marcellus*, *ff. de legat. primo.* Colonus enim multùm differt ab emphyteuta, cui propter meliorationem res datur in emphyteusim, & videtur se obligasse ad meliorandum, saltem quoad eas meliorationes, quæ contineri possunt nomine emphyteusis, vt sunt insitiones, plantationes, imboscationes, montesque redacti ad culturam. Tiraquellus *in l. si vnquam*, *verbo reuertatur*, *numero* 234. Alciatus suprà adductus *lib. Parergon* 1. *cap.* 36. Corasius *lib.* 1. *Miscellan. cap.* 21. & *in l. ei qui*, *num.* 20. *ff. de seruit.* Carolus Molin. *in consuetud. Parisiens. titul.* 1. §. 1. *gloss.* 5. *num.* 73. neque in hoc distinguendum est inter conductorem simplicem, & ad longum tempus; dispar enim ratio est eius, & emphyteutæ, nisi cum longo tempore sit parua pensio, quæ fructibus non respondeat, in recognitionem Domini directi, quod ex eo sæpiùs repetimus, quòd hoc vnum sit, quod locationem diuturnam possit facere emphyteusi omnino similem, nilque amplius. 14

Vnde ex hac separatione inter emphyteutam & conductorem diuturnum reprobatur quod tradit Bart. *in l. impensæ*, *in fin. de impensis in reb. dotalibus factis*, vbi inquit, quod conductor tenetur facere aggeres & fossata, saltem quæ concernunt vtilitatem rei pro tempore conductionis; námque illud nec in colono simplici, neque ad longum tempus, ex his quæ diximus, habere potest locum, cùm resistat ratio iuris, quæ in his conductorem distinguit ab emphyteuta; immò si res pro parte corruat sine culpa conductoris, non solùm non tenetur reficere, sed remittitur pensio pro parte. Aretinus *cons.* 55. *numero* 3. & ita tenent qui hanc ipsam iuris rationem sectantur, non teneri conductorem reficere domum si corruerit, etiamsi conductor longi temporis sit, *dict. l. ex conducto*, *l. si domus*, *ff. de vsu & habitat. l. sed cùm vsufructuarius*, §. 1 *ff. de vsufructu*, Speculator *titul. de locato*, §. *postquam*, *num.* 11. *in tertia particula*, *lib.* 4. Denique semper animaduertendum est, colonum & conductorem, etiam ad longum tempus, plurimùm differre ab emphyteuta, esséque 15

que de vtroque varia iura, etiamsi ad vtrumque dominium vtile transferatur, illúmque minimè teneri expendere, cùm propter fructus pensionem soluat, parem eam, & æqualem ipsis fructibus: quam ob rem omnem impensam, & magnam, & paruam, quæ ad fructus non pertineat, visus est à se abiecisse, quæ ad dominum certi iuris est pertinere, cùm pensionem recipiat fructibus parem. Vnde si quis conducat domum dirutam, molas frumentarias destructas, agrum sentibus oppletum, montem incultum, ipsúmque culturâ mitiorem effecerit, agrúmque purgauerit, domum molásque erexerit, melioratione vltra tempus conductionis duratura, æstimationem habebit eius meliorationis, quia in nihilum horum tenebatur. Bartol. *in l. cotem ferro, §. qui maximos, quæst.17. num. 13. ff. de publicanis*, Bald. *in l. licet, C. locati, quæst.4.* Iason *in l.1.C. de iure emphyteutico, num.28.*

16 Quæ omnia habent locum nisi lege conductionis tacitè, vel expresse contrarium gestum, actúmque sit, quia tunc domino meliorat colonus & conductor, non sibi, *l.24. titul.8. part.5.* ibi: *Fueras ende si en el pleyto del arrendamiento fuesse puesto que fiziesse de lo suyo tales labores e mejorias, como estas que de suso deximos, ca entonces seria tenudo de guardar el pleyto segun que fue puesto.* Diximus tacitè, ex eo quia etiamsi expresse non sit actum gestumve, vt colonus melioret ex suo; si tacitè tamen id ipsum videatur gestum, idem obseruandum est, veluti si colonus accipiat rem nomine locationis, sed ad meliorandum; vel si generaliter dictum sit, vt colonus melioret, tunc quidem sibi expendit, nihil conseruaturus à domino expensarum nomine, Bald. *in dict. l. Colonus, ff. locati, 2. lectura, in principio ad finem*, Gregorius Lopez *in dict. l.24. verb. Ca entonces:* idem si ex actu ipso præsumamus id fuisse conuentum, veluti si conducat quis aream ad domum ædificandam, vt in ea recipiat dominum euntem & reuertentem; nam cùm detur ad ædificandum, locus est superiori decisioni, vt nihil nomine meliorationis debeatur; cùm id gestum sit, vt colonus melioret, ex Bald. & Gregorio vbi suprà; immò hoc casu, cùm id gestum sit vt dominus excipiatur, habeátque conductio illam perpetuam & permanentem vtilitatem domini, cuius euntis, & decedentis interest vt domus erecta sit, idque ex pacto conuento, dicendum est colonum teneri reficere collapsam suo sumptu, si semel erecta corruat, *l. eum debere columnam, ff. de seruitutibus vrban. prædiorum.* Vide latè Ioannem Andream *ad Specul. tit. de locato, §. postquàm, in additione*, incipit, *habita, vers. redeundo ad principalem.* Simile est si quis conducat solum ad erigendum furnum decoctorium, aut partem fluminis particularis ad erigendas molas frumentarias, constitutâ certâ mercede annuâ, & vt domino decoquat panes, & molat frumentum, quia cùm ad construendum conduxerit, visus est expensas in se recepisse, ex Bald. & Gregorio. Præterea cùm intersit domini molas & furnum non perire, tenebitur etiam collapsum in totum, vel ex parte suo sumptu erigere: idem Ioannes Andr. *vbi suprà*: quæ descendunt ex ratione dictæ legis 24. & sunt quotidiana. Idem tenet non teneri colonum, siue conductorem puteum purgare, vel viam publicam lapidibus iuxta domum consternere; quod cùm fecerit, posse à domino habere sumptus: cuius ratio est, quia hæc omnia pendent ex domino, *l. ædiles, ff. de via publica*, vbi latè, *l. 1. ff. de loco public. fruendo,*

fruendo, vbi Bart. Paulus *in l.ex conducto, ff. locati*, Iason *in l.1. num.28. C.de iure emphyteut.* vbi id procedere ait etiamsi gratis habitet; quod ad nos non pertinet, cùm de conductore agamus, qui propter mercedem parem fructibus domum habitandam accipit.

At verò si quis conduxerit ab vsufructuario domum, fundum, aliamve huiusmodi rem ad certum tempus, medióque tempore ante finitam locationem moriatur vsufructuarius, non solùm resoluitur conductio, finito vsufructu, ex regula legis *lex vectigali, ff de pignor.* sed & conductor quicquid nomine expensarum in re conducta consumpserit, quasi toto tempore conductionis fruiturus, amittit, neque ab eo, ad quem res morte fructuarij incipit pertinere, neque ab hæredibus fructuarij quicquam conseruat nomine expensarum, *l.si quis domum*, §.*hîc subiungi*, & §.*idem quærit, ff.locati*, vbi Fulgos. Paul. & alij, Tiraquellus *in 1. retract.* §. 11. *gloss.* 6. *num.* 3. & 4. Antonius Gomez *in l.40. Tauri, num.*84. Aluarus Vazquez *quæst.*25. *num.* 25. Ludouicus Molina *c.*21. *lib.*1. *num.*9. & *num.* 10. cuius decisionis (quæ Vlpiani est) ratio illam habet considerationem, quòd conductor hic, qui ab vsufructuario conduxit rem ad certum tempus, cogitare debuit euenire illud potuisse, vt medio tempore vsufructuarius, idémque locator moreretur, cuius morte ad alium res, aut fundus omninò incipiat pertinere. Et licèt Vlpianus eam rationem adiunxerit, aut reliquerint solam compilatores Digestorum, aut si mauis, dilaniatores veterum Iureconsultorùm; tamen non inepta ei decisioni aptabitur ratio; quia cùm morte fructuarij res reuertatur ad dominum, iam conductor nihil expectare potest ab hæredibus fructuarij, ad quos nihil peruenit, nec expensarum, neque ipsius rei; indignúmque esset, cùm dominus habeat cum re expensas, ab hæredibus fructuarij conseruare sibi conductorem expensas, quæ non ad ipsos, sed ad alium deuenissent; idque debuit considerare conductor expendens, quod scilicet mortuo locatore ante locationem finitam, nihil habere poterat ab hæredibus locatoris, ad quos nihil earum expensarum pertineret; & ita quantum arbitror & colligo ex litera legis *si quis domum*, §.*final. per totum*, aliàs *hic subiungi*: in quo Vlpianus id duntaxat attingit, quid, quantúmque conductor à locatore sit consequuturus, si res locata euicta sit, vel perempta: itaque respectu eius qui locauit, cùm mortuus sit, mortéque eius finitus vsusfructus planè desinit, nihil conductorem consequi posse ab hæredibus fructuarij decidit, ad quos neque ipsa res, nec expensa peruenit; quod considerare debuisset conductor. At verò Vlpianus nihil decidit in illa altera quæstione, an scilicet saltem retinere possit rem melioratam propter expensas, ne sibi auferatur à domino priusquam de sumptibus sit satisfactum? In qua quæstione cùm nihil responderit Vlpianus, rectius est ita intelligere, vt Vlpianus responderet, omninò conductorem retenturum, ne violaretur regula legis *si me & Titium, ff. si certum petatur*, & legis *planè*, §.*sed benigniùs, ff. de petitione hæredit.*

Ex quibus, quantùm conijector, quia de hac quæstione nihil Vlpianus attigit, intelligo perperam adduci dispositionem dicti §. *hîc subiungi*, ad quæstionem illam, scilicet, an si possessor maioratus rem maioratus alicui locet, aut concedat in emphyteusim, & medio tempore locationis, vel emphyteusis decedat

decedat maioratus possessor, qui locauit, non solùm finiatur locatio, vel emphyteusis, quod ex dispositione dicti §. *hic subiungi*, indubitatum est, & ad hoc expendunt Tiraquellus, & Antonius Gomez, & Ludouicus Molina *vbi suprà*, & præter illos Pinellus *in l. 1. partit. 3. num. 65. C. de bonis maternis*; sed etiam conductor non possit consequi expensas suas à successore maioratus (attento iure communi,) quod ait Aluarus Vazquez, & ad hoc ait esse textum *in dict. §. hic subiungi.* Ego nihil tale video decisum in dicto textu, immò hæc quæstio secunda omissa est ab Vlpiano, aitque in hoc eam decisionem Vlpiani non esse obseruandam in regno Portugaliæ, cùm non faciat ius, nisi quantum ratione innitantur Iureconsultorum responsa; ad quod allegat Carolum de Grassallis *lib. 1. regal. Franciæ, 7. iure*: sed meliùs Emanuel Costa *in §. si arbitratu, in fine*, id ipsum in Hispania tradit, & tradunt alij, quos referre in re clara non oportet; cùm enim Rex Hispaniæ, & Lusitanus non recognoscant Imperatorem, habent suas leges, sua iura, & instituta. Iureconsultorúmque responsa ita demùm accipienda sunt, si cum nostro iure non pugnent, & bona, æquáque, & naturali ratione innitantur; ob idque censet Aluarus Vazquez decisionem dicti §. *hic subiungi, versicul. idem quærit*, quoniam à recta ratione deuiat, non esse obseruandam. Ego si tota lex statim à principio perlegatur, existimo nihil de hac quæstione actum fuisse ab Vlpiano.

Atque etiamsi id concedamus Alvaro Vazquez *d. versicul. idem quærit*, de successore maioratus, & de domino esse intelligendum, ad quem res pervenit finito vsufructu, vt omnino ad expensas non teneantur, existimo Vlpianum in specie dicti §. *idem quærit*, rectè sensisse, quoniam illæ expensæ fuerunt modicæ, ad quas omnino tenebatur fructuarius, ex dispositione legis *hactenus, ff. de vsufructu*, à quo ille qui expendit, conduxit, vt patet ex dicto §. *hic subiungi*, vbi locatio fuit ad quinquennium ibi, *si fructuarius locauit fundum in quinquennium*; & inferiùs *in dict. §. idem quærit*, subdit, *si sumptus fecit, quasi quinquennio fruiturus*: quod sensit Franciscus Connanus *lib. 7. Commentariorum iuris, cap. 11. num. 21.*

Nostro autem iure Hispano de expensis quæstio proposita expedita est, ex his quæ diximus capite proximo de expensis factis in re maioratus, ex cuius legis Taurinæ dispositione generaliter semper constituimus successorem maioratus, & vinculi, & capellaniæ, non teneri ad huiusmodi expensas & meliorationes; vnde cautè sibi prouideant, qui à possessoribus maioratus, vel à fructuariis, vel ab Episcopis, aut beneficiatis res conducunt, circa huiusmodi expensas, nisi velint incidere in dictum §. *hic subiungi, versic. idem quærit*, & varias de eius interpretatione sententias.

18 Expendit etiam conductor ex ea causa, quia tributa persoluit, quæ insunt rei conductæ; námque dominus locans prædium pro pensione pecuniaria, non tenetur ad tributa, & onera realia, sed conductor fructuum qui fructus percipit: glossa *in l. 1. versic. fructus, C. de annonis & tributis*, quam notat Bartol. *ibi*, & Ioannes de Platea *num. 3.* Corsetus *singulari verbo locatio*, Romanus *in l. Imperatores, ff. de publicanis.* Iason *in consil. 109. lib. 1. ad finem*, Paulus *libro 1. consil. 442.* tenet Aluarus Vazquez *quæst. 17. num. 27.* quæ assertio Doctorum proculdubio non solùm periculosa est, verùm contra iuris manifesta principia;

&

& primò quod attinet ad authoritatem, Platea sibi contrarius contrarium tenet *in l.1. num.9.* suprà adducta, *de tributis & annonis*, *per leg.4. C.de agricolis & censitis*, *num.2.* vbi excusat à tributis conductorem, qui pensionem pecuniariam soluit: vbi negatiua addenda est verbis Plateæ, vt constet census, & conueniat aduersatiuæ, quæ sequitur ibi, *sed domini*; & ita notat Pinellus *in l.1. C. de bonis maternis*, *part. 2. num. 72. ampliatione* 10. & post eum Aluarus Vazquez *vbi suprà*; idem contra receptam sententiam tenet Molineus *ad consil. Alexand. consil.4. lib. 5.* idem ferè, licet obscuriùs, tenet Pinellus vbi suprà, & tenendum est contra receptam sententiam, ex fundamento ipsius communis opinionis: illa enim opinio ex eo recepta est, vt colonus teneretur ad tributa & onera realia; quia cùm illa onera consequantur fructus, videntur pertinere ad fructuum perceptorem: atqui conductor qui pro pensione pecuniaria fructus percepit, fructus eosdem suos facit: ergo videtur ad hæc onera & tributa teneri, *l. Imperatores*, *ff. de publicanis*, Afflictis *lib.1.Constitutionum, rubric.97. §.vltim. num.5.* diximus latè capite 11. per plures numeros; hæc tamen ratio fortiùs facit contra communem sententiam, quia postquam dominus locauit fructus, & pro fructibus pensionem accipit, proculdubio ipse fruitur, non conductor, ac subinde ipse ad tributa & onera tenetur, quia pro fructibus soluit colonus pecuniam, quæ proculdubio fructuum vicem sustinet; & reuerà is mihi semper frui videtur, qui vel re fruitur, vel rem locat pro pensione: textus elegans *in l. non vtitur*, & *l. quia*, *ff. de vsufructu. Non videtur*, inquit Marcian. *vti vsufructuarius*, *si nec ipse vtatur*, *nec nomine eius alius*, *putà qui emit*, *vel qui conduxit*, *vel cui donatus est*, *vel qui negotium eius gerit.* Et subdit Caius *in d. l. Quia qui pretio vtitur, non minùs habere intelligitur, quàm qui principali re vtitur fruitur.* Sunt hæc iura apertissima contra receptam sententiam; cùm enim ipsa ex eo ad conductorem & colonum transferat onera realia & tributa, quia percipit fructus, ex eadem ratione intelligendum est contrarium; postquam enim dominus pensionem percipit pro fructibus, ipse iuris intellectu & reverà fructus percipiens, ad onera & tributa tenebitur. Alia iura allegat Pinellus *vbi suprà*, *l.fin. C.de constituta pecunia*, ibi, *possibile est omnes res in pecuniam conuerti*: *l.vendicamus*, *ff. de vsur.* vbi merces locationis fructus appellatur; & in argumento legis *si æstimatis*, *ff.solut. matr.* Neque quicquam facit pro recepta sententia lex *si siue*, 33.§. *Lucius*, *ff.de administratione tutorum*, vbi refertur patriæ consuetudo, in qua domini prædiorum, non conductores onera realia soluebant; quia innuit Iureconsultus seclusâ consuetudine aliud fore statuendum; Iureconsultus enim ibi aliud agit, scilicet de reddenda ratione administratæ tutelæ, quid quantúmque imputandum sit pupillo, tutoríve; & ait computandum esse rei pupilli quicquid aliàs ipse pupillus propter consuetudinem patriæ receptam esset expensurus: id agit ex proposito; consuetudinem autem illam refert vti erat in patria recepta, nihil de iure solicitus; & potuit quidem ad conductorem tributum pertinere, vt inferiùs dicemus, & habere locum consuetudo illa: itaque sic constituendum est, simplicem colonum, vel conductorem, qui simpliciter nullo apposito pacto rem conduxit pro pensione pecuniaria, ad onera & tributa realia minimè te-

 neri,

neri, sed hæc omnia expensurum dominum, qui reuerà fructus percipit.

19 Illud tamen aduertendum est, quod colonus hic, seu conductor, qui fructus percipit, potest pro oneribus & tributis conueniri, ex ratione dictæ legis *Imperatores*, & diximus *dict. cap.* 11. quia cùm sequantur fructus, quocunque ierint, ipsorum perceptorem, scilicet colonum vel conductorem, habent obligatum: cæterùm ipse colonus computabit in mercede soluenda, & pensione præstanda domino, tantò minùs soluendo, quantò magis nomine tributi & collectæ persoluerit: & hic potuit esse sensus dictæ glossæ *in dict. l.* 1. *C. de annonis*, & receptæ sententiæ, vt omninò colonus teneretur, qui fructus percipit: quod iuris rationem habet, dum intelligamus domino esse expendendum.

Præterea quæ diximus contra receptam sententiam, habent etiam locum, etiamsi onera, & tributa soluenda ratione fructuum, sint notoria & consueta; adhuc enim nihil speciale de his notoriis & consuetis oneribus scriptum est in iure; reliquorum namque onerum & tributorum, quæ neque notoria, neque consueta sunt, subeunt rationem: quapropter non est aliter de illis iudicandum, sed ad dominum reuerà pertinere, qui pensionem recipit pecuniariam, & cum ipsa in effectu fructus: quamuis de his notoriis & manifestis oneribus existimet Pinellus *vbi sup. dict.* 10. *ampliat. versic. Tertiò, in eodem articulo*, ad conductorem pertinere, motus leuissimo fundamento, scilicet quia conductor regulariter notoria hæc ignorare non potuit: sed vtique res hæc non pendet ex scientia, vel ignorantia, sed ex fructibus; & eum qui fruitur consequitur, eiusque periculo fit.

Prætereà non desunt qui in conductore ad longum tempus existiment statuendum, vt ad onera omnino teneatur realia, & ad tributa, & collectas quæ pro rebus imponuntur personis: quod quidem asserunt Aruarus Vazquez *dict. quæst.* 17. *num.* 26. post Pinellum *de bonis mat. l.* 1. *part.* 2. *num.* 72. *ampliat.* 8. & ambo post Alex. *cons.* 1. *lib.* 4. *num.* 10. Decium *cons.* 204. Syluanum *cons.* 47. Thom. Parp. *in l. placet, num.* 48. *C. de sacros. Eccles.* faciunt namque pares emphyteutam & conductorem ad longum tempus. Ista tamen sententia ita demùm accipienda est, si conductor ad longum tempus pensionem soluat modicam, & fructibus minimè parem, & correspondentem; quo casu intelligimus fructibus eum vti & frui: at verò si pensionem parem fructibus persoluat, tunc quidem ex ratione suprà adducta, quia fructus ad dominum pertinere intelliguntur, ad dominum onera & tributa pertinebunt, non ad conductorem, quantumvis diuturnum; semper enim ex fructibus ducenda ratio est tributorum, & onerum; emphyteuta namque fructus percipit modicam pensionem soluens, atque eam in recognitionem dominij, non pro fructibus; ideò disposita in emphyteuta non possunt trahi ad conductorem ad longum tempus, nisi saltem modica sit pensio, quæ velut index demonstret, ad quem cum fructibus onera pertinere debeant: sustinebitur autem hæc ipsa sententia sicuti superior, vt conductor conueniatur, qui domino expendet, & in solutione mercedis deducet quod nomine oneris & tributi persoluerit.

20 Prædicta omnia habent locum in colono, vel conductore, qui colit fundum

dum vel prædium pro pensione pecuniaria, quæ non sit par fructibus; idemque arbitramur, si colat non pro pensione pecuniaria, sed pro pensione quæ sit soluenda in frumento, vel vino, vel oleo, vel in alio his simili, putà pro modio vini, vel frumenti, vel olei: qui contractus in nihilo distinguitur à vera locatione, etiamsi communis & recepta sententia innominatum contractum vocet similem locationi, *l.* 1. §. *si quis seruum, ff. depositi*: glossa Bart. *in l. si olei, Cod. locati*, Bart. *in l. si merces*, §. *vis maior, num.* 10. *ff. locati.* Frequentiori enim sententia receptum est, requiri ad locationem vt interueniat pensio in pecunia numerata, quam resoluunt post antiquiores Ias. *in* §. *actionum, num.* 185. & *in* §. *item Seruiana, num.* 12. *in tit. de actionibus.* Carolus Ruinus *consilio* 151. *num.* 8. *lib.* 4. Paris. de Puteo *de reint. feud. num.* 18. Antonius Gomez *de contractibus cap.* 3. *num.* 3. Rebuffus *in tom.* 1. *ad leg. Gall. tract. de literar. obligat. artic.* 4. *glos.* 2. *num.* 22. Menchaca *controuersiarum vsi freq. lib.* 3. *cap.* 52. Pinellus *in rub. Cod. de rescind. vend. part.* 2. *cap.* 3. *num.* 28. Gregorius Lopez *in l.* 1. *titul.* 8. *part.* 5. vbi pro hac communi opinione est textus nostro iure expressus, secutus antiquiorum traditiones, non verò iuris verissimas regulas: *Alloguero es propriamente quando vn home logua a otro obras que ha de hazer con su persona, o con su bestia, o otorgar vn home a otro poder de vsar de su cosa, o de servirse della por cierto precio que se le ha de pagar en dineros contados; ca si otria cosa recibiesse que no fuessen dineros, non seria loguero, mas seria contracto innominado.* Hactenus nostra lex, quæ traditionem communem secuta est; namque iure Cæsareo verius erat, constituta quoque mercede & pensione, non in pecunia, sed in aliqua specie, locationem propriè dici, & hanc contra communem opinionem tenet Menchaca *vbi suprà.* Corasius *lib.* 2. *Miscellaneorum, cap.* 15. & sentiunt plures relati per Rebuffum *vbi suprà*, & verissimam dicit constanter Harmenop. *in Epitome Iuris Ciuilis, lib.* 3. *tit.* 8. quod attinet ad nostram quæstionem, siue pensio sit in pecunia, siue in specie aliqua, quæ non sit par fructibus quoad onera, & tributa nihil immutat eorum quæ diximus.

At verò si quota pars fructuum eiusdem pretij, tertia videlicet, media, vel 21
quinta persoluatur pro pensione, tunc alia iuris ratio sequenda erit; hic enim propriè non dicitur conductor simpliciter, sed conductor partiarius, estque in eo quædam societatis similitudo, & ex regulis quæ de societate scriptæ sunt, leges suas & iura sortitur. Bart. *in l. si merces*, §. *vis maior, ff. locati.* Bald. *in l. emptorem, Cod. locati, num.* 7. Abbas *in cap. propter, de locat. num.* 14. Angelus *in principio Institut. locati, num.* 4. Franciscus Connanus *lib.* 7. *Commentar. iuris ciuilis, cap.* 11. *num.* 1. *& num.* 13. hæc est de colono partiario mentio, & ratio iuris, quod ad multa prodest; sed quod attinet ad nostrum institutum hæc sunt adnotanda.

Primum, quia ex ratione, de qua suprà egimus abundè, quia tributa & 22
onera realia fructus sequuntur, proculdubio tributa & onera realia fundi & prædij, quod datum est colono partiario, præstabuntur ab ipso quidem colono partiario; cæterùm in computatione computabuntur & domino & colono, pro portione fructuum, quæ ad vtrumque ipsorum peruenit: quæ conclusio probata nobis abundè est *cap.* 11. *num.* 45. *&* 46.

Rr 2 Secundum,

23 Secundum, quia nisi aliter conuentionis lege expressum sit, partiarius colonus deducet expensas factas pro fructibus seminandis, colligendis, & conseruandis, *l. fundus qui, ff. famil. erciscundæ*, & diximus latè *cap.1. num.11. & 12.* ideoque deducuntur ex integro fructu, *l. si vnus, § vnus, l. socium qui in eo, §. socius, ff. pro socio, l. si fratres, §. si quis ex sociis, ff. eodem*: quæ omnia in sociis habent locum, & ad eos præmonstrata videri possunt. Semper enim socius proprias expensas deducit, communes autem imputantur sociis pro rata, quia id exigit ratio societatis; & licèt in partiario colono nonnulli velint inducere consuetudinem contrariam, quæ deroget iuri, ego istas consuetudines Doctorum suspectas semper habeo, qui didicerim consuetudinem probandam esse legitimo modo, vt à nobis traditum est *cap.9. num.43.* Authores autem huius consuetudinis refert Franciscus Marcus *decisione* 888. *n.12. & 890. num.2.* & sunt hæc vera contra ea quæ cumulat Gaspar Baëtius *de decima tutori præstanda, cap.29. num.7. & 8.*

24 Tertium, quia sicuti locator fundi simplex, si colono prædium locat, non potest colonus arbores excidere, quia illud de arboribus cædendis in sylua cædua singularem habet considerationem in vsufructuario, vt diximus *cap.11.* latissimè, & in marito *ex l. diuortio, §. si fundum, ff. soluto matrimonio*, vbi viro arbores cæduas & non frugiferas excidere licet, in conductore verò nihil tale decisum est; magis enim vt rei prosit, quàm vt noceat, locatio fit: ideò colonus si deteriorem syluam fecerit, tenebitur de deterioratione, *l. si merces, §. culpæ, ff. locati. Ipse quoque*, ait Caius, *si exciderit, non solùm ex locato tenetur, sed etiam lege Aquilia, & ex lege duodecim Tabularum, arborum furtim cæsarum, & interdicto quod vi aut clam. l. duobus, §. colonus, ff. de iureiur.* vbi Paulus idem argumentum tractat de colono excidente arbores, qua actione teneatur; at verò arbores frugiferas non excidet, excisis autem tenebitur, *l. in*
25 *fraudem, §. conductor, ff. de iure fisci*: quodque ibi additum est, posse cupressos conductorem excidere, & arbores cæduas, aliis substitutis, particularem habet rationem in conductore fisci, vel fundi publici, qui perpetuò locabatur, & eius dominium transferebatur, ex his quæ diximus suprà isto capite *ad l.1. §. qui in perpetuum, ff. si ager vectigalis, vel emphyteut. petat.* ideò non potest applicari eius decisio simplici colono, cui ex aliis iuribus excidere arbores minimè licet, etiamsi sit partiarius. Ita tenet Speculator *titulo de locato, §. 1. num.5. vers. illud autem quæri*; vide latè Tiraquellum *in 2. retractu, §.3. gloss.1. num.24.*

Quartum, quod si vi ventorum arbor radicitus excisa sit, adhuc tamen ex parte colono partiario nihil eius arboris acquiritur, veluti si pinus, cupressus, palma, quercus, aut castanea euulsa radicitus concidat, tota ad dominum pertinebit. Is enim fructus cùm naturâ obueniat, ad conductorem non pertinet, *l. fructus, ff. de vsuris.* Præterea fortior est ratio quæ suadebat in marito, vt hæ arbores euulsæ ad eum pertinerent, quia erat dominus, & non solùm fructus habebat, *l. pro oneribus, ff. de iure dotium*; sed obuentiones & emolumenta, *l. diuortio, §. si vir, ff. soluto matrimonio*, vbi Iureconsultus concedit marito marmora excisa ex lapidicina, licèt non renascantur, neque possint in fructibus numerari, secundùm vnum intellectum illius textus, quia maritus

ritus non solùm habet fructus, sed commoditates & emolumenta, & redditus rerum dotalium. De quo tamen textu Duarenus & Ludouicus Molina multa, & nos inferiùs cùm de augmento tractabimus, dicturi sumus. Ex hoc ergo quod emolumenta & obuentiones pertinent ad maritum, dicendum videbatur arbores euulsas ad eum pertinere: at de his longè diuersum extat decisum *in dict.l.diuortio*, §.*si fundum*, *ff.soluto matrimonio*, ibi: *Sed si vi tempestatis exciderit, dici oportet pretium earum restituendum mulieri.* Cum ergo ita decisum sit in marito, rectius est vt in colono quoque recipiatur, cui neque dominium, nec possessio rei locatæ est.

Conductor quoque superficiei habet propriam rationem conseruandi sibi suas meliorationes; cùm enim conducat solùm superficiem ad leuandum ædificium, remanente proprietate soli, & directo dominio superficiei penes dominum, constitutaque pensione in recognitionem dominij soli, restat vt superficiarius habeat vtile dominium superficiei, *leg.obligationum ferè*, *§ placet*, *ff.de actionibus & obligationibus*; vbi naturâ ipsâ superficies cohæret solo, neque fieri potest vlla arte, vllóve ingenio, aut iuris inuento, quin tradito solo non videatur superficies quoque tradita, *l.*1.§.*quòd autem ait Prætor*, *ff. de superficiebus*, ibi: *Habet in rem, qualem habet in solo*, *l.fin. eod.* vbi Bartol. *Superficiarias ædes*, inquit Caius, *appellamus quæ in conducto solo positæ sunt, quarum proprietas & ciuili & naturali iure eius est, cuius & solum.* Alciatus *lib.*1. *Parerg.cap.*36. & diximus superiùs. 26

In hoc ergo superficiario viget ea ratio, de qua superiùs egimus; quia cùm ad ædificandum conducat superficiem, tacitè meliorationes illas & sumptus ædificij visus est domino donasse, cùm ea lege conduxerit; cùm id in conductore suprà isto capite dixerimus esse receptum, ob idque finita conductione superficiei leuat ex ædificio ea quæ sine ruptura leuari & abradi possunt, Alciatus *in l.bonorum*, *ff. de verborum significatione*, qui sic intelligendus est. Bald. *in rubr.Cod.de iure emphyteut.in principio*, argumento legis *sed addes*, §.*si inquilinus*, *ff.locati.* Vide Aluarum Vazquez *q.*33.*num.*11.

Reliquos verò sumptus, quos conductores faciunt susceptis litibus pro defensione rerum locatarum, computantur domino, ex ea ratione, quia dominus mercedem totam pro fructibus recipit; ideò ad ipsum pertinere debent hi sumptus, quos quoque nomine expensarum intelligimus & meliorationum; nec enim magis meliorat qui parietem fulsit, quàm qui contrariam actionem repellit, aduersariumque submouet, Boërius *decisione* 44. *num.*15. vnde & ob meliorationes, & propter sumptus retentionem habet colonus, & conductor, ex his quæ sæpiùs nobis repetita sunt; dum tamen in his habeatur ratio eius quod quis expendit citra necessitatem & vtilitatem domini; semper enim illud ob oculos esse debet, an necessariæ expensæ sint, an verò vtiles, vtilitasque expectanda est respectu domini, non conductoris; neque enim ferendus est qui velit dominum onerare excogitatis expensis, ex his quæ diximus *cap.*1.*num.*22. quæ autem pertinebunt ad voluptatem, abrasione sine ruptura seruabuntur. 27

Necessaria autem expensa hoc casu dicitur, sine qua res conducta constare non posset, puta si domus minatur ruinam, vel paries, vel tigna corruant, 28

vel trabes confringantur, vel pauimenta subsidant; quia sine his conductor non posset vti re ipsa: idem de puteo purgato, & mundata cloaca, stratáque via publica ante ædes intelligendum est; omnia enim hæc necessariò facit conductor vt re conducta fruatur, vt supra latè monstrabimus, ex decisione textus *in l. Colonus, l. ex conducto, l. dominus*, §. 1. *ff. locati*, & aliis quæ nobis suprà adducta sunt.

29 Præterea illud quoque necessariò facit conductor, namque si vicinus immittat tignum in parietem proprium ædium conductarum, vel si vicinæ ædes minentur ruinam, damnum facturæ conductæ domui, tenetur conductor domino ad omne illud quod eius interérat, si id non renunciauerit domino, *l. videamus, vers. item prospicere debet, ff. locati*, Pinellus *in l. 3. §. si ego, ff. de noui operis nunciatione*: idem Paulus post reliquos *in l. de pupillo, §. nunciationem, ff. eodem*; culpam enim præstat conductor, quam intelligimus etiam leuem, postquam contractus in vtilitatem vtriusque, & conductoris, & locatoris initus esse censetur, ex regula textus *in l. si seruus legatus* 111. §. *cùm quid tibi, ff. de legatis* 1. ibi: *Sicuti in contractibus bonæ fidei seruatur, vt si quidem vtriusque contrahentis commodum versetur, etiam culpa: sin vnius solius, dolus malus tantummodo præstetur*: & faciunt quæ adduximus suprà *cap.* 11. *num.* 30. quem textum debuit allegare Antonius Gomez *in tit. de locato, in 2. tomo, cap. 3. numero* 10. Idem debuit adducere Gregorius Lopez *in l. 7. tit. 8. part. 5.* ad verbum *culpa*, vt leuem culpam contineret, ex decisione Africani *in dict. §. cùm quid tibi*: vnde si contra formam locationis aliquid geras, tunc leuissimâ culpâ teneris, *l. videamus, §. si hoc, ff. locati*: *Si hoc in locatione conuenit* (inquit Vlpianus) ignem ne habeto, *& habuit, tenebitur, etiamsi fortuitus casus admisit incendium, quia non debuit ignem habere.*

CAPVT XV.

De emphyteuta expendente, vel meliorante rem emphyteuticam.

Notabilia ex capite decimoquinto.

1 *Meliorationes factæ ab emphyteuta sunt propria bona*, & n. 2. *quas meliorationes faciat de suo*, & n. 3. *quales meliorationes amittat ex causa commissi.*

4 *Plantatio, imboscatio, & cultura, quatenus pertineant ad meliorationes*, & num. 5. *de meliorationibus factis post commissum*, & num. 6. *de pacto, vt emphyteuta melioret, & verbo* emponema, *&* num. 7. *quæ sit ratio cognoscendi meliorationes vtiles*, & num. 8. *qua ratione vel remedio emphyteuta consequatur suas meliorationes.*

9 *An meliorationes factas à rusticis emphyteuta consequatur sibi sine ipsorum cessione.*

10 *Quan*

10 *Quantùm liceat emphyteuta cadere syluas*, & num. 11. *An meliorationes confiscentur.*
12 *Ampla ædificia erecta an pertineant ad voluptatem*, & num. 13. *an expellatur, an alienet, & de remissione pensionis.*
14 *An soluat onera realia*, & num. 15. *an collectas*, & num. 16. *tenetur de deterioratione & damno.*
17 *Domo, vel insula diruta, an teneatur reficere & soluere canonem integrum, & quod in hoc nulla sit differentia inter insulam & domum.*
18 *Ad impetrandam reuocationem nihil opus est quod emphyteuta meliorauerit*, & num. 19. *de augmento extrinseco & melioratione externa, thesauro, & compensatione.*

HAnc laboris nostri partem elegantissimè attigit Alvarus Vazquez, & doctissimè perfecit pluribus in locis, & præcipuè *quæst.* 25. *iuris emphyteutici*, nósque in hac re præcipua iam adduximus superiùs, quæ nec sunt transferenda, nec iterum repetenda, ne delicatos & doctos lectores cambre miserè repetita occidat: diximus enim superiùs, meliorationes factas ab emphyteuta esse propria bona conficientis, hoc est emphyteutæ, obtinerique iure proprio; vnde venduntur, obligantur, & legantur sicuti propria bona, *c.6. sup. num.* 20. 1

Diximus etiam *eod. c.6. n.* 21. emphyteutam teneri facere aliquas expensas & meliorationes de suo ex natura & genuina ratione contractus emphyteusis, aliquas verò minimè; & exempla adduximus vt clariùs id innotesceret, adductis nouiorum sententiis, & vera verbi emphyteusis acceptione. 2

Et *dicto cap.6. num.* 22. ex illa conclusione deduximus, quales meliorationes & expensas amittat emphyteuta ex causa commissi, qualésque adhuc conseruet, obseruata nouiorum recta iuris ratione, quæ æquitatem naturalem secuta, docto amplectenda est. 3

Ibique *dicto cap.6. num.* 23. tradidimus rationem distinguendi emphyteutam à locatore, idque etiam repetitum à nobis est *cap.14. proximo, num.* 14. vbi egimus de plantatione, & imboscatione, & monte redacto ad culturam, quantùm ad hæc teneatur emphyteuta, quod est iure constitutum. 4

Diximus quoque *dicto cap.6. num.7.* de meliorationibus factis post commissum, quantum conseruentur emphyteutæ; quod quidem ex iure decidendum arbitrati sumus contra Boërium & Tiraquellum, & pertinent ad emphyteutam, emphyteusisque rationem sequuntur. 5

Diximus *dict. cap.6. num.*12. de pacto apposito, quod possessor melioret, vel melioratam relinquat rem, quid censendum sit de meliorationibus factis ab emphyteuta, vbi de verbo *emponemata*, quoque egimus, & pertinebant ad nostrum tractatum de emphyteuta. 6

Diximus *cap.1. num.* 22. quæ sit ratio cognoscendi vtilitatem expensarum; quod quidem tam obtinet in emphyteuta, quàm in feudatario, quàm in locatore, & aliis, qui res quas possident, meliorant suis expensis. 7

Illud quoque nobis traditum est, quâ actione, vel quo remedio emphyteuta suas meliorationes consequatur, idque nobis disputatum est *cap.* 7. *suprà*, 8

per

per totum, *num.*5. *& reliquis*, vbi de necessariis expensis, & vtilibus, & voluptatis regulæ traditæ sunt, actúmque de actione, & exceptione, & conductione ex lege, & incerti condictione ad recuperationem expensarum.

9 Præterea adduximus *dicto cap. num.*13. an emphyteuta, qui rem emphyteuticam locauit rusticis, possit consequi à domino directo vendicante rem emphyteuticam meliorationes factas à rusticis: egregia declaratio *ad l. in hoc iudicium, ff. communi diuidundo*, an verò sit necessaria rusticorum cessio.

10 Præterea *cap.*11. *num.* 36. iunctis numeris præcedentibus diximus de arboribus, & syluis cæduis & non cæduis, quantúmque liceat cædere; vbi de emphyteuta quoque egimus obseruata ratione iuris contra Pinellum, vt ex illis intelligantur quæ diximus *cap.*2. *num.*80. *&* 81.

11 Præterea *cap.*10. *num.*52. illud attigimus, vtrum meliorationes factæ ab emphyteuta, tanquam bona propria possint confiscari, an verò ad dominum omnino pertineant; in quo obseruanda quoque est ratio meliorationum, quæ fiunt ex necessitate contractus, & maiorum expensarum, quas emphyteuta libens ac volens facit. Quam distinctionem ibi rationi conuenientissimam existimauimus, vt hæ ad fiscum, illæ verò ad dominum cum ipsa re sua omnino pertineant, non verò ad fiscum.

Ostendimus etiam *cap.*5. *num.*9. ampla ædificia erecta ruri ab emphyteuta,
12 vel possessore citra necessitatem, non pertinere ad vtilitatem, sed ad voluptatem, notabili lege *ex duobus fratribus, ff. de negot. gestis*; sæpe enim emphyteutæ erigunt ædes lapideas ex lapide quadrato, vt hæ impensæ aut voluptatis causâ, aut dominum oneraturæ factæ esse intelligantur; sed dominus nihil eo nomine soluere tenetur, ipse autem qui ædificauit, tollat si velit: quod respondendum est de turribus, & aliis amplis ædificiis erectis citra necessitatem ab emphyteutis: de tubulis fumariis, vulgò *camineas*, & lateritiis pauimentis, vide *cap.*1. *num.*22. *&* 23. & *cap.*11. *num.*28.

Idem etiam attigimus *cap.* 14. *num.* 7. an expelli possit emphyteuta ob non
13 solutum canonem, & *num.*8. quantùm alienare possit, & *num.* 9. an remissioni sit locus in contractu emphyteusis: hæc omnia sunt nobis iam superiùs dicta, dum de expensis ab aliis factis egimus.

Illud quoque consequens est, vt quia emphyteuta fructus percipit solutâ
14 pensione paruâ in recognitionem dominij, quod plerumque fit, subeat onera realia & tributa, *l.*2. *Cod. de iure emphyt.* ibi, *publicarum fruitionum*: & ibi Bart. Albericus & Salic. & *in l. si pendentes*, §. *si quid cloacarij, ff. de vsufructu*, Iason *in l.* 1. *num.* 35. *Cod. de iure emphyteut.* Chassaneus *de consuetudinibus Burg. rubric.* 4. §.6. Pinell. *de bonis matern. lib.*1. 2. *part. num.*72. Syluanus *cons.* 57. *num.* 37. quod sustinetur ex his, quæ diximus de vsufructuario, *cap.*11. *num.*45. *&* 46. *& seq.* quæ sunt hîc repetenda; hæc onera enim sequuntur fructus, cùm insint rei.

Quod si pensio fructibus correspondeat, quæ detur in recognitionem dominij, quo casu emphyteusis quoque constat, tunc quidem etiamsi emphyteuta conueniatur à domino, recuperat, sicuti diximus *cap.*14. *num.*18. quod si pensio sit pars quota fructuum instar coloni partiarij, quod apud multos recipitur, soluitur enim quintum, aut tertium vini, vel frumenti; tunc pro rata tributa

tributa soluuntur, vt diximus *cap.14. num.22.* quo casu quia decima est onus reale, & sequitur fructus, *cap.cùm non sint*, & ibi glossa & DD. & *cap.tua nobis, de decimis, cap. pastoralis, eod.* soluetur antequam dominus habeat quotam fructuum, vel pro rata, Socin. *consil.93. lib.3.num.3.* vide M.Anton.Nat. *consil.114. per totum.*

Idque obtinet etiam in collectis, & diximus *cap.11. num.56.* quid quantumque differant à tributis, & tenent Aluarot. *cap.1. per quos fiat inuestitura,* Socinus *consil.119.lib.1.* Curtius Senior *consil.36.* Isernia *cap.1.quæ sint regalia,* Alex. *cons.101.lib.1.* Syluanus *cons.47.* Naten. *d.cons.114.* diximus latè *cap.12. num.69.* etiamsi emphyteuta sit Ecclesiæ, & collecta imponatur à Rege, *dict. num.69.* 15

Præterea non solùm tenetur meliorare, verùm si deteriorauerit, propter talem deteriorationem expellitur, Bald. *in l.diuortio, §.si fundum, ff.solut. matrimon.* vbi Iason *Authent.qui rem*, & alij, *Cod.de sacrosanct.Eccles.* & ibi Iacobinus Pinellus *in l.1. Cod.de bonis matern. part.2. num.60. vers. idem in emphyteuta*; ideo tenetur reparare & conseruare omnia, *arg.l.hactenus, ff.de vsufruct.* aliàs tenetur de deterioratione, nec solùm expellitur: tenet Pinellus *vbi suprà*, vnde litis expensas subministrat ex his omnibus, quia tenetur rem conseruare; & in hoc casu tenetur de culpa, iuxta textum *in l. si seruus legatus 15. §.cùm quid tibi, ff.de leg.1.* & quæ diximus *cap. proximo, num.30.* Domo autem penitus diruta, combusta, vel destructa casu fortuito, vel leuissimâ culpâ, emphyteuta tenetur pro solo eandem pensionem soluere, quæ pro domo præstabatur. Ang. *in auth.de non alienand. collat.2. in §.lex itaque, in fin.* Imol. *in cap.potuit, de locato.* Ias. *in l.1.Cod.de iure emphyt. num.44. & num.15.& 78.* Afflict. *decis.392. num.12.* contra Bald. *in dict. l.1. lectur.1. num.10.* & contra Bartholomeum Philippum virum eruditissimum, qui distinguit inter emphyteutam insulæ, & domus, cùm insula nihil aliud sit quàm multitudo domuum; quodque ius est de vna, idem ius est de pluribus: quod si culpa interueniat, tunc erit in electione domini vel recipere pensionem, vel cogere ipsum reædificare, *argum. l.2. verb. volenti, cap. isto*, quod tenet Bald. *in dict. l.1.* vbi suprà, Aluarus Vazquez *quæst.27.num.2.* decedit ab opinione Angeli, & sequitur distinctionem Bartholomei Philippi *in cap. scindite corda vestra, fol.25.vers. hinc tertiò, de pœn. distinct.1.* rationem verò eam esse ait, quia insula manet manente area, domus verò minimè, destructa forma, quæ in sola area non manet; & mutata forma videtur rei substantia mutata & perempta, *l.Iulianus, §.& si quis, ff.ad exhibendum, l.repeti, §.fin. ff.quibus mod. vsusfructus amittat. l.qui res, §.aream, ff. de solutionibus, l. qui tamen, §. nam etsi domus, ff. quib.modis vsusfr.amittat. Nam etsi domus* (inquit Vlpian.) *diruta fuerit, & ex eisdem cæmentis tignisque fuerit restituta, vsusfructus extinguitur.* Sed reuera Iureconsulti nihil distinguunt inter domum & insulam, adeo vt vtriusque idem ius sit; nam quod attinet ad domum, aliquando ex area pendere videtur, *l.Paulus, §.domus, ff. de pignorib.* vbi domus obligata est, & eâ destructâ & dirutâ, conseruatur obligatio ipsius in area, quasi parte domus; immò & insula destructo ædificio demolitur, & destruitur manente area, *l.qui insulam, ff.locati*: & legato vsufructu insulæ, redacta insula in aream non de-

16 (margin, beside "Præterea non solùm…"); 17 (margin, beside "tem penitus diruta…")

 betur,

betur, *l.qui vsumfructum, ff.de vsufructu*: cùm alias manente parte insulæ vsusfructus debeatur, *l.sicuti insula, eod.* quoties enim Iureconsulti de area loquuntur respectu ædificij superimpositi, aream partem insulæ esse aiunt, vt iura quæ de area sunt, & obligationes integræ remaneant: & facit ad hoc ratio iuris, quia area semper remanet, quantumvis superponatur ædificium; ciuiliter enim pars domus, hoc est superficiei, est: & ita intelligit Paulus *in dict.l.qui res, §.aream.* Contra verò, si de domo aut insula agant, quasi de re integra, non verò quatenus sunt superficies soli. Tunc enim destructa insula, manente area, insulæ vsusfructus, & reliqua iura conseruari non solent, ex iuribus suprà adductis: quod igitur ius est de domo, idem de insula esto; & quoniam emphyteuta pleno iure insulam, & domum accipit, non solùm respectu superficiei, sed respectu soli & areæ, iuxta subiectam materiam, de qua agitur, intelligendum est, manere ius emphyteusis in area, destructâ domo & insulâ; sicuti durat ius pignoris, diruta domo, in area, domo obligatâ, *dict.§.domus*, & area quoque pars est insulæ, *dict.l qui res.* Alibi autem iuxta subiectam materiam, de qua agitur, insulam peremptam omnino censemus, etiamsi in ea maneat area, vt *in dict. l.qui vsumfructum*, vbi ex subiecta materia vsusfructus relicti non potuit intelligi conseruatus vsumfructus insulæ in sola area, ideoque area remanente, & insula diruta, extinctus est insulæ vsusfructus: denique in hoc res, de qua agitur, expendenda est; in emphyteusi autem distinguere inter insulam, & domum non possumus. Præterea illud animaduersione dignum est, quod tradit Alu.Vazq. *quæst.2.iuris emphyt.num.7.* & tradiderat *quæst.1.num.10.* necessarium esse emphyteutæ renouationem emphyteusis sibi fieri desideranti, finita emphyteusi, probare rem emphyteuti-
18 cam melioratam sibi esse, posseque meritò renouationem denegari, nisi meliorationes probentur factæ in re emphyteutica, ex Bart. *in l.1. §.permittitur, ff.de aqua quotidiana & æstiua*, vbi Bart. de meliorationibus necessariis ad faciendam renouationem nihil dicit; & ita existimo sufficere si res deteriorata non sit; namque ex deterioratione sicuti resoluitur emphyteusis, renouatio quoque impedietur, & minus damnum ad impediendam renouationem requirimus, quàm ad resoluendam emphyteusim iam constitutam; iniuria enim est si renouatio non fiat, non verò beneficium si fiat, *ex dict. §.permittitur.* Proderit autem plurimùm si meliorata res reperiatur, vt fiat renouatio, & optimè allegabitur vt impetretur.

19 Reliqua autem pertinent ad augmentum, de quo inferiùs agemus, vbi de meliorationibus internis & externis, & quæ operâ & industriâ emphyteutæ fiunt, & quæ naturâ, vel temporis beneficio sine industria factæ reperiuntur; illud interim adnotantes, meliorationes externas, quæ non contingunt rem emphyteuticam, veluti si emphyteuta feudum emat, vel excolat iuxta fundum emphyteuticum, non pertinere ad dominum, neque emphyteusi commissa, neque per generationes finita, quia reuerà non sunt meliorationes, etiamsi fiant vt res emphyteutica commodiùs excolatur, *l. prædiis, §. balneas, cum seq. ff. de legatis* 3. & in feudis receptum id est, glossa, & Bald.post textum *in cap.1. §.ex contrario, responso 1. de inuestitura de re aliena facta*; Boër *quæst.familiari 69. num.4.* & dicemus infrà latiùs cum Ludouico Molina, &

Carolo

Carolo Molineo, *capite de augmento*, & attigit Aluarus Vazquez *d.quæst.25. num.20. & 21.*

Prætereà de thesauro nobis agendum est inferiùs, quid, quantumque pertineat ex thesauro emphyteutæ, vsufructuario, feudatario, colono, & reliquis, vtputà marito, & conductori fructuum, & maioratus possessori; particularis enim indagatio est, & quæ suas habet regulas vniuersas, quæ particulariter singulis applicari sine fastidio repetitionis sæpiùs repetitæ non poterunt: vide infrà *cap.de thesauro.*

Quatenus verò emphyteuta compenset fructus cum meliorationibus, vide inferiùs in capitulo; & de comparatione fructuum & expensarum, quæ generalis quoque decisio est, & suo capiti aptanda.

CAPVT XVI.

De maioratus possessore meliorante, vel expendente circa res maioratus.

Notabilia ex capite decimsoexto.

1 *Hæres restituturus fideicommissario recuperat expensas*: & num.2. *etiam expensas litium.*

3 *Maioratus Hispani & fideicommissa non exæquantur*: & num. 4. *differentiæ inter vtrumque.*

5 *Vbi sit eadem ratio in fideicommisso & in maioratu, erit idem ius.*

6 *Defenditur opinio Emanuelis Costæ de diuisione fructuum maioratus, contra reliquos.*

7 *An possessor maioratus soluat debita prædecessoris, distinguitur inter institutorem & reliquos.*

8 *Agitur de debitis contractis non ab institutore, sed ab alio possessore*: & n.10. *agitur de lege 46. Tauri.*

11 *Dispositionem legis 26.* titul. 13. part.5. *non habere locum in casu dictæ legis 46.*

12 *Dispositio legis 26. & legis 46. an habeat locum in Prælato*: & num.13. *an in fideicommissario.*

14 *Debita contracta in vtilitatem rei permanentem, maioratus possessor, Prælatus, & reliqui soluunt.*

15 *An Rex teneatur soluere debita defuncti Regis*: *agitur de lege* 4. titul. 15. part. 2.

16 *An regnum deferatur iure hæreditario.*

17 *Regnum Hispaniæ qualiter acquisitum sit iure Gothorum*: & num. 18. *qualiter à Pelagio ad publicationem legis Partitæ.*

19 *Quando publicatæ sint leges Partitæ*; & num. 20. *Rex Fernandus, cognomento*

mento Magnus, Regna inter quatuor filios diuisit: & num.21. *Sanchum perperam recusasse Regnorum diuisionem.*

22 *Sanchus Rex à parente exhæredatus est*: & num.23. *valere exhæredationem pro parte.*

24 *Alphonsus, cognomento Imperator, Regna diuisit inter liberos.*

25 *Alphonsi noni tempore inter patruum & nepotem de Regno disceptatum est, & vicit patruus.*

26 *Sanchus cognomento Ferox, exhæredatus est à parente Alphonso.*

27 *Exhæredatio in primogeniis an & quando habeat locum*, remissiuè.

28 *De exhæredatione Sanchi Regis variè disputatum est in Regno tempore Ioannis Regis Primi.*

29 *Rex Alphonsus nonus iussit debita solui à Regni successore*: & num.30. *lege* 2. tit.15. part. 2. *certus modus succedendi in Regno constitutus est*: & num.31. *particularem esse successionem in Regno.*

32 *Agitur de* capite licèt, de voto, *& traditur vera ratio ad eius decisionem.*

33 *Maioratus successorem aliquando soluere funeris impensas præmortui, & necessaria alimenta*: & num.34. *& debita ad exonerationem animæ*, & n.35.

36 *Agitur de expensis litium*: & num.37. *de tributis & oneribus & collectis.*

38 *Damna resarciunt suâ culpâ facta*: & num.39. *idem faciunt Prælati, adducitur lex Gothorum.*

40 *Quæritur quæ culpa requiratur, an lata, an leuis, an dolus.*

41 *An possessor maioratus mutet formam rei.*

42 *Expendit etiam nomine alimentorum, & dotis.*

Vdouicus Molina, vir eruditissimus, præclaris bonarum literarum præsidiis instructus, in suo eleganti & copioso tractatu de Hispanorum primogeniis, quem inter Hispanos primus non sine magna gloria nouissimè edidit, variè etiam hoc argumentum tractauit; breuiter autem ab eo, quæ ad nostram institutionem pertinent, accipienda erunt, ne quid desit in re præsertim apprimè necessaria; sicubi verò ab eo decesserimus, id ingenuè factum velimus, qui noster mos est, non maleuolè, vtque tragœdias excitemus nouas, sed magis vt ipsa veritas innotescat; quam cùm fateamur non latuisse virum doctissimum, id tamen euenire potuisse non diffitemur, vt eam aliquando probaret opinionem, quæ aliis improbabilis esse videatur. Sedet nobis, & æternum sedebit recordatio Emanuelis Costæ Præceptoris mei charissimi, quem viuum amauimus, & mortuum colimus; quem disputantem, & publicè, & priuatim sæpè audiuimus; me enim ille valde amauit, elegans, facundus, acutus, in suadendo vehemens, interpretatione suauis, in referendo verus, in euertendo neruosus, in instituendo omnium qui ante eum instituerunt, & ius interpretati sunt, verè princeps, cuius animam, pro ea quam Salmanticam attulit legum & iuris cognitione homo inculpatæ vitæ, & moris probatissimi, confidimus Deum optimum Maximum æterna requie, & beatitudine donasse: obiit ille sanctissimè, innocens vitæ, & sceleris purus, summo totius Hispaniæ mœrore; nam Salmanticæ nullus fuit qui cum Emanuele Costa non existimaret subreptum quoque nobis ius, nosque

que in eius funere carmen lusimus, quod nostrorum carminum legitur *libro* 1. Is igitur aliqua memoriæ edidit, à quibus decedit doctissimus Molina. Boni igitur consulat, si pro præceptore tantisper pugnauerimus, qui illud semper in ore ferebat, liberè esse philosophandum, & debere iuris studiosum veritatis esse amatorem, non solùm aliorum notando sententias, verùm proprios corrigendo errores, adeò ingenuè ille profitebatur iuris sententiam. Quod pertinet igitur ad possessorem maioratus, illud expeditum videbatur, vt quia restituturus erat bona, expensas quas fecisset in bonis restituendis, in restitutione reputaret; sic enim constitutum est iure, & tenet Palacios Rubios *in repet. rubr. de donat. inter vir. & vxor. §. 62. num.* 14. 15. & 16. vbi præter gloss. & Ang. *in l. emptor, ff. de rei vendicat.* nihil allegat: mihi est textus expressus *in l. vbi purè*, §. 1. *versic. qui in distrahendis, ff. ad Senatusconf. Trebel. Qui in distrahendis*, inquit Paulus, *conseru indisque rebus hæreditatis sumptus factus est, imputari hæredi debet.* Vbi licèt Accursius variè, anxiéque interpretetur verbum illud, *imputari hæredi*, planè accipiendum est, debere imputari hæredi in restitutione facienda sumptus & expensas, vt scilicet tantò minus restituat, quantò magis expensum sit; ita vt sumptus illi & expensæ imputentur hæredi, id est, in vtilitatem hæredis, vt minùs restituat, refusis sumptibus & expensis factis in rebus restituendis. Textus elegans *in l. mulier*, §. *sed enim, versic. sed & ipse, ff. eod. Sed & ipse*, inquit Vlpianus, *si quem sumptum fecerit, in res hæreditarias detrahet; sed & expensas litium, quæ instituisset, vel prosecutus esset hæres hæreditatem restituere grauatus, si ad fideicommissarium fructus pertinuerint, hæredi, hoc est, in vtilitatem & commodum hæredis, reputabuntur, & compensabuntur in restitutione ipsa, l.* 1. *statim in principio, ff. eod. Cum esset*, inquit Vlpianus, *æquissimum in omnibus fideicommissariis hæreditatibus, si qua de his bonis iudicia penderent, ex his eos subire, in quos ius, fructusque transferretur.* Ex quibus ipse Palacios Rubios cùm conderentur leges Taurinæ, vti ipse de se refert, vix contineri potuit, quin clamaret, iniquam esse decisionem legis Taurinæ, quæ est lex 46. de qua latè egimus *cap.* 13. *num.* 33. *& sequent.* quia recuperatio expensarum haberet locum secundùm iuris fundatam rationem in bonis restituendis per fideicommissum: & videtur maxima similitudo inter hæredem rogatum restituere fideicommissario, & possessorem maioratus, & successorem, cùm possessor item post mortem restituere rogatus videri possit, vt quemadmodum hæres recuperat expensas & meliorationes factas in rebus restituendis, ita quoque possessori maioratus expendenti & melioranti recuperandæ viderentur: sed in possessore maioratus aliter dispositum est iure nostro Hispano, vt diximus *dict. cap.* 13. *num.* 43.

Ex qua similitudine non est existimandum, vt quia possessor maioratus non recuperat expensas & meliorationes factas in re subiecta restitutioni, ex decisione nostri iuris Hispani *dict. l.* 46. sic etiam existimandum sit de hærede rogato restituere per fideicommissum, vt textus *in dict. l. vbi purè*, § 1. & *l. mulier*, §. *sed enim, versic. sed & ipse*, & *dict. l.* 1. correcti censeantur ex dispositione dictæ legis 46. non enim correcti sunt, & in hoc verissima est opinio Ludouici Molin. vbi suprà, *capit.* 1. *num.* 14. *lib.* 1. *de Hispanorum primogeniis*, & item *lib.* 3. *cap.* 11. *num.* 14. qui eleganter ex multis distinguit inter maioratus Hispa-

 nos,

nos, de quibus est lex regni, & fideicommissa. Sexdecim discrimina adducit inter vtrumque doctissimus Iacobus Simancas *lib. disceptat. cap.* 5. Verissimum enim est, non exæquari per omnia, neque in omnibus esse similia, neque posse de vno ad aliud trahi & deduci argumentum, nisi quatenus subsit eadem ratio; quod tenet ipse Molina *dict. lib.* 1. *cap.* 7. *num.* 9. Cùm ergo in hærede grauato restituere per fideicommissum diuersa sit ratio expensarum recuperandarum, quàm in possessore maioratus, cumque longè alia sit ratio in successore, quàm in fideicommissario, qui ab hærede accipit, meritò dicendum est decisionem dictæ legis 46. non habere locum in hærede grauato, & est hodie incorrecta lex *domos*, *ff. de leg.* 1.

Quod vt pateat, præmittendum est Hispanos omnes scriptores, qui sunt nobis docti & eruditi, indiésque mitescentibus domesticis bellis, cultiores & elegantiores, in eam sententiam quasi pactâ concordiâ, & inito consensu abiisse, vt existimarent maioratus Hispanos, & primogenia instar fideicommissorum esse, quæ perpetuò familiæ relinquerentur, ita vt proximus quisque admitteretur cum prærogatiua ætatis, & sexus, vno semper admisso; & ita censeri fideicommissa, & ex fideicommissis deducendam esse regulam, quâ primogenia dirigantur: ita censent quos refert Ludouicus Molina *dict. cap.* 1. *num.* 7. Palacios Rubios *in repet. capituli per vestras, de donationibus inter virum & vxorem*, §. 44. *num.* 3. 4. & 5. Didacus Couarruuias *lib.* 1. *resolutionum, cap.* 15. *num.* 14. vbi ait proculdubio possessorem maioratus fideicommissario comparari, Petrus Peralta *in l.* 3. §. *qui fideicommissam, num.* 91. *ff. de hæredibus instituend.* & *in l. cùm ita legatur*, §. *in fideicommisso, num.* 24. *ff. de legat.* 2. Simancas *de primogeniis Hispanorum lib.* 1. *cap.* 28. Menchaca *de successionis resolutione lib.* 1. §. 10. *num.* 28. Dominus Antonius de Padilla *in rubr. Cod. de fideicommissis, num.* 7. Aluarus Vazquez *in quæstionibus iuris emphyteutici, quæst.* 50. *num.* 29. Burgos de Pace *in proœmio legum Taurinarum, num.* 71. Dominus
4 Franciscus Sarmiento Epicopus Astoricensis *selectarum interpretationum quæstion.* 4. *lib.* 3. *num.* 5. & quamuis ita hoc receptum sit nostris, inter vtrumque tamen diuersa est iuris & facti ratio; namque fideicommissa ex voluntate testatoris restituuntur vni, vel pluribus, prout à testatore prouisum dignoscitur, reperiturque vltimus in fideicommissis vocatus, & sæpè plures vltimi vocati: itaque cessat in fideicommissis iure Cæsareo agnitis prærogatiua ætatis & sexus in eodem gradu; cessatque indiuiduum illud, quod in primogeniis desideramus, quod patet *ex dict.* §. *in fideicommisso*, & *l. peto*, §. *fratre*, *ff. de legat.* 2. & *l. fin.* vbi Bartol. & alij, *Cod. de verb. signific.* in primogeniis enim perpetua est restitutio, vnusque duntaxat admittitur, habitâ sexus, & ætatis prærogatiuâ inter plures eodem gradu propinquos, aut proximos.

Ex quibus verissima ratio est, hæredem grauatum restituere per fideicommissum, posse sumptus & meliorationes suas recuperare; quia fideicommissarius ille liberè accipit bona illa, ideóque iniquum esset si expensas non solueret, quas liberè cum re restituta accipit, quod ex ratione dictæ legis 46. Tauri longè alienum est à primogenij successore, qui rem accipit omnino restituendam; & ille item restituere tenetur, nouoque successore interueniente, noua semper imminet restitutio perpetuò facienda, aliis deficientibus, aliis rursum

rursum succrescentibus primogenij possessoribus ; ob idque quia eadem ratio non reperitur iuris, longè aliud ius constituendum est : non est ergo correcta decisio legis *mulier*, & legis *vbi purè*, & legis 1. de quibus suprà, ex decisione dictæ legis 46. Tauri : imò hodie in fideicommissis particularibus, quæ na- 5
turam non obtineant primogeniorum, locus non erit decisioni dictæ legis 46. quia non est eadem ratio iuris : diuersum autem constituendum est vbicunque eadem ratio, quæ in fideicommissis versatur, in primogeniis reperiatur.

Vnde ex hac ratione, in ea quæstione, qualiter diuidendi sint fructus, qui 6
tempore mortis reperiuntur pendentes, inter hæredes emortui, & nouum successorem in bonis maioratus, verissimam existimo opinionem Emanuelis Costæ *in quæst. de patrui & nepotis successione, pag. mihi* 144. quam refert & refutat Ludouicus Molina vbi suprà *lib. 3. cap.* 11. *num.* 11. *vers. sed Emanuel Costa*, secutus opinionem aliorum, quos reprobarat idem Costa *vbi suprà*. Cùm enim nihil sit constitutum à iure, quod attinet ad hanc diuisionem fructuum circa res maioratus, necessum fuit, vt aliunde à iure alibi scripto in hanc partem deduceretur ; necessariò autem debet deduci ex ratione quæ scrippta reperitur in hæredem grauatum post mortem restituere, & ipsum fideicommissarium, qui morte hæredis grauati & emortui bona obtinet : sicuti enim viuens hæres obtinebat hæreditatis licèt restituendæ dominium, ita & possessor maioratus dominium obtinet, *l. non ideò minùs, ff. de rei vendicatione*, & quæ latè fundat idem Molina *lib.* 1. *cap.* 19. *num.* 14. 15. *& seq.* Mortuo autem hærede grauato statim dominia prædiorum & rerum transeunt in fideicommissarium, *l.* 2. *Cod. commun. de legat.* idque ita etiam contingit in successore maioratus, quod probat ex pluribus idem Ludouicus Molina *lib.* 3. *cap.* 12. immò possessor fit illicò ex lege 45. Tauri. Cùm igitur eadem ratio sit acquirendi fideicommissum, & bona maioratus ; immò cùm in hoc pinguius iure nostro succursum sit, eadem profectò debet esse iuris constitutio : & sicuti fideicommissarius ex eo fructus pendentes acquirit, quia reperitur dominus prædiorum, quorum fructus, quia adhuc pendent, pars sunt, *l. fructus, ff. de rei vendic.* ita quoque successor maioratus, quia fit ipso iure dominus rerum ad maioratum pertinentium, fructus debet acquirere integros, qui pars earum rerum adhuc sunt, quia pendent, quarum dominium obtinet : quæ ratio efficacissima est, & ex ea pendet decisio textus *in l. Herennius, ff. de vsuris*, qui fructus pendentes tribuit fideicommissario, quamuis maior pars anni transacta sit ; quia pars rei sunt, quæ ad fideicommissarium pleno iure pertinet. Agnouit hanc vnicam & solam rationem Vlpianus *in l. si pendentes, ff. de vsufructu*, quæ Iureconsultis semper adest. Et hæc est ratio in qua se fundat Emanuel Costa, quam allegat *in l.* 2. *Cod. communia de legat.* & ex ea dicit plenam esse inductionem *ad l. Herennius* : & ita iudicatum esse ait in supremo Lusitaniæ Senatu, quem ego veram iuris rationem secutum esse puto, & quæ nullo modo, nullo colore vitari possit : & conueniunt verba dictæ legis *Herennius*, ibi : *Fructus qui post acquisitum dominium ex causa fideicommissi ex terra percipiuntur.* Quæ verba *iuncta dict. l.* 2. planam faciunt eam constitutionem in bonis maioratus, vt fructus, qui ex terra percipiuntur post acquisitum dominium

nium successori in bonis maioratus, ad successorem pertineant; in quo quidem haberi poterit ratio expensarum, quæ in serendo, colendo, & conseruandis eisdem fructibus sint, vt hæ ad hæredes emortui pertineant ex fructibus deducendæ; nullus enim casus interuenire potest, qui hoc genus deductionis impediat, *ex l. fundus qui, ff. familiæ herciscundæ.*

Neque quicquam oberit, quod de marito & vxore traditum est *in l. diuortio, in principio, ff. soluto matrimonio*, & *l. 26. tit. 11. part. 4.* vt pro rata diuidantur inter vtrumque: cuius decisionis ratio est, quia cùm fructus dotis ad maritum pertineant propter onera matrimonij sustinenda, *vulgata l. pro oneribus, Cod. de iure dotium*, meritò constitutum est, vt fructibus integrè gaudeat quandiu onera sustinuit matrimonij; cùm enim respectiua fructuum præstatio sit, quæ iure constituta est, scilicet propter onera, meritò deficientibns oneribus fructus incipiunt ad vtrumque pertinere; atque cùm hoc constitutum sit in marito & coniuge, trahunt ad successorem maioratus. Dominus Didacus Couarr. *variarum resolutionum lib. 1. capit. 15. num. 14.* Ioannes Lupus de Palacios Rubios *in repet. rubr.* §. 62. *num. 10.* & eos secutus Ludouicus Molina *lib. 3. cap. 11. num. 11. vers. quod autem fructus.* Atque ita iudicatum esse in Senatu Granatensi ait D. Couarr. quam quidem sententiam ex eo aiunt admittendam esse, quia in hoc possessor maioratus instar sit viri, & vterque onera sustinet: hic quæ insunt matrimonio, ille quæ insunt bonis maioratus occasione ipsius maioratus. Quæ ratio proculdubio admittenda foret, si quemadmodum onera matrimonij certa sunt, ita quoque onera possessoris maioratus certa essent; sed fit plerumque vt possessor maioratus pauca onera subeat, alius plura, alius nulla, alius maxima, cùm hæc onera incerta sint, ex qualitate bonorum, & personarum, & conditionum, legúmque, quæ ab institutore imponuntur. Quod si acquisitio fructuum respectiua esset pro oneribus, planè inciderent innumeræ quæstiones, infinitæ lites, & contentiones maximæ, quòd sæpè nullos fructus lucraretur, quia nulla onera subierit; sæpè totos, sæpè paucos, sæpè plures, sæpè variante iure, ex varia onerum ratione. Confusa certè, & perplexa decidendi ratio, & planè contra apertissima iuris principia, quæ certam acquirendorum fructuum rationem desiderant, ex dominio dimetiendam, §. *si is ad quem, Institut. de rerum diuisione*: ideóque meritò ait Emanuel Costa *vbi suprà*, illa onera quæ reperiuntur in maioratu, non esse comparanda cum oneribus matrimonij, vt propter illa discedendum sit à iure constituto, quo cautum, constitutúmque est, vt fructus pendentes, quia pars prædij sunt, ad eum pertineant, qui dominium prædij nactus sit, cùm præsertim onera realia, tributa, & collectæ fructûs sequantur perceptorem, vt sæpiùs diximus; atque vt hæc onera à nostra quæstione eiiciamus, quæ poterant videri certa, scilicet, tributa, quia fructus sequuntur quócumque hi abeant; præterea licèt fideicommissarius non possit videri similis possessori maioratus, quod quidem fatemur; tamen ratio propter quam fideicommissarius fructus integros, eosdémque pendentes lucratur, habet profectò locum in possessore maioratus, & meritò propter dominium prædiorum, quibus adhuc fructus adhærent: & hanc cum Emanuele Costa, & ante eum tenet Antonius Gomez *in l. 4. Tauri, num. 74.* de deuisione autem fructus inter feudatarium & dominum est textus

in

*in cap.*1. §. *his consequenter, hîc finitur lex Conradi*, & Franciscus Hotomanus latè *in præludiis feudorum, capite de fructuum diuisione*, vbi de vsufructuario, emphyteuta, emptore, fideicommissario, marito, & Prælato; & præter eum Auendañus *responso* 5. *num.* 1. & Didacus Couarr. *lib.*1. *resolutionum, cap.*15. *num.*12. Tiraq. *de retractu conuentionali*, §.5. *gloss.*4. *num.*5. *&* 6. Carolus Molineus *in consuetudinibus Parisiensibus, titul.* 1. *gloss.*1. §.1. *num.*33. Bart. Paul. & Iaſ. Alexand. & Socinus *in dict. l. diuortio, in principio, ff. solut. matrimon.* & post omnes hos Ludouicus Molina *dict. lib.*3. *cap.*11. *num.* 2. vbi ait solitum esse diuidi quoque fructus Commendarum sancti Ioannis, Iacobi, Calatrauæ, & Alcantaræ, ex eorum Ordinum constitutione: vide semper legem 26. *titul.*11. *partit.*2. de qua suprà. Sit igitur lex *Herennius*, regula fructuum lucrandorum, adiuuante dicta lege 2. *C. communia de legat.* propter dominium acquisitum prædiorum, quorum pars fructus pendentes sunt: pro qua facit lex *defuncta, ff. de vsufructu.* Nec quicquam facit quod possessor maioratus per omnia non sit similis fructuario; quod enim attinet ad fructus percipiendos & lucrandos, eadem ratio est in vtroque. Facit lex *si pendentes, ff. eod.* Ex quibus vtilior, securior, & magis conueniens iuri constituto opinio est, vt qui fundi dominus sit, fructuum pendentium sit etiam dominus, cuius fundi fructus pendentes pars verè & ciuiliter sunt, *ex dict. l. si pendentes*, & *l. Herennius, iuncta dict. l.*2. *& dict. l. diuortio*: vide Iacobum Cuiacium post commentaria ad Aphricanum, vbi explicat dictam legem *diuortio*.

Expendit possessor quoque maioratus soluendo debita prædecessoris; in quo aduertendum est ad ea quæ tradit Ludouicus Molina eleganter *libr.*1. *cap.*10. 7
per totum, vt distinguamus inter primum maioratus institutorem, & reliquos successores; námque si primus institutor maioratum instituerit ex vniuersis bonis suis, vel vniuersa hæreditate sua, quod plerumque fit, notissimum est successorem, qui obtinuerit hanc hæreditatem, vel hæc bona relicta, teneri debita persoluere, siue tertius, siue decimus, siue millesimus, nihil refert, *l.*2. Bartol. Bald. & alij, *C. ad Trebellianum, l.*1. *in princip. ff. eod. l. si quis seruum, cum l. seq. ff. de leg.*2. *l. filiusfamilias*, §. *Diui, el* 2. *ff. de leg.* 1. ibi: *Nam si hæredis propter creditores testatoris bona vænierint, fortunam communem fideicommissarij quoque sequentur.* Ex quo textu bona, quæ prohibita sunt alienari, per fideicommissum restituenda, possunt propter debita alienari: ita definiunt nostri post antiquiores, Palacios Rubios *in repetit. rub. de donationib. inter virum & vxorem*, §.16. *num.* 14. Petrus Peralta *in l.*3. §. *qui fideicommissam, numero* 106. *ff. de hæredibus instit.* D. Antonius de Padilla *in l. vnum ex familia*, §. *si de Falcidia, num.* 7. *ff. de legat.* 2. idque temperant, vt priùs bona libera væneant, tum demùm ad fructus fideicommissi, & post hos in subsidium ad ipsa bona restituenda deueniendum sit.

Atque idem constitutum est, si de quota hæreditatis maioratus institutio facta sit, vt maioratus huius possessor pro portione hæreditaria ad debita teneatur, *l. si quis seruum*, § *fin. ff. de legat.* 2. vbi Bart. Paul. & Cumanus, & post eos Scribentes, atque in his duobus casibus transeunt actiones actiuæ & passiuæ in eum, in quem tota hæreditas, vel vniuersa bona transeunt, *l. nam quod*, §. *fin. cum l. seq. ff. ad Trebellian.* & *l. cogi, in principio, ff. eodem*: idem-

quæ recipiendum est in hoc casu, cùm ex quota hæreditatis relinquitur, cùm legatarius ex quota hæreditatis parte habeatur loco hæredis, & habeat actiones actiuas, & passiuas instar hæredis, *l.* 1. *in principio*, *iunct. l. mulier*, *§. fin. ff. ad Trebellian. l. si ita. Cod. eod.* Angelus *in §. & quia*, *Institut. de fideicommissariis hæredibus*: à qua conclusione nemo vnquam discrepauit, vt inquit Molina vbi suprà, *num.* 7.

Intelligenda autem omnia hæc sunt, si maioratus instituatur in testamento, secus si in contractu; nec enim is, in quem vniuersa bona transferuntur ex testamento, similis est ei, in quem ex contractu transferuntur; ille enim habet actiones illas, hic verò minimè, quia bonorum appellatio facta in contractu, intelligitur deducto ære alieno. Paulus *in dict. l. nam quod*, *§. final. num.* 2. *ff. ad Trebellian.* & tenent omnes, quos suprà citauimus.

Restant duo casus, præmissis tribus, de quibus suprà: atque duo hi casus sunt, cùm maioratus instituitur ex quota bonorum, vel ex re certa. In quibus duobus casibus duo sunt aduertenda: vnum in quo conueniunt, alterum in quo separantur; conueniunt autem in eo, quia neque in successorem maioratus instituti ex quota bonorum, vel ex re certa, transferuntur actiones actiuæ, neque passiuæ. Rursus discrepant in eo, quia ex quota illa bonorum deducitur æs alienum, non verò ex re certa; vnde in vtroque hoc casu de manu hæredis erit accipiendum: qui hæres ex quota bonorum debita deducet persoluenda, non verò ex re certa. Vtrumque latè fundat Ludouicus Molina *dict. lib.* 1. *cap.* 10. *num.* 8. 9. 10. 11. & in quota bonorum tenet Rodericus Suarez *in l. quoniam in prioribus*, *ampliatione* 7. *num.* 12. *&* 13. & *l. cùm autem*, *ff. de legat.* 2. *l.* 1. *Cod. si certum petat.* & de re particulari est textus *in l.* 1. *§. si hæres percepto*, *ff. ad Trebel.* & diximus suprà *cap.* 11. *num.* 62. *&* 63. vbi egimus de lege 21. Tauri, quod non corrigat dictam legem 1. *Cod. si certum petat.* quia loquitur in eo qui acceptato prælegato repudiat hæreditatem, quasi dicta lex 21. obuiam eat huic consilio, vt omnino ad debita teneatur talis legatarius, vel prælegatarius, ne relinquat hæreditatem onustam debitis, accepto prælegato impunè, siue id prælegatum in re certa, vel in quota bonorum consistat, quasi lex velit coërcere huiusmodi dolos, & in hoc casu videntur correcta quæ diximus; incorrecta autem remaneant si prælegatarius hæreditatem acceptet quoque, *ex dict. l.* 1. *Cod. si certum petatur.* Quæ interpretatio, quantùm arbitror, noua est, & vera, & ex fundata iuris ratione, vt diximus *dict. cap.* 11. *num.* 63. Ex cuius legis interpretatione hodie si melioratio fiat in re certa, filiusque melioratus hæres quoque paternus fit, *ex l.* 1. *Cod. si certum petatur*, & ex his quæ diximus suprà, rem illam habebit liberam nullis debitis obnoxiam: si repudiauerit patris hæreditatem, tunc vt vitetur fraus, quia fratribus relinquit hæreditatem debitis onustam, meritò ad debita quoque tenebitur, & conuenitur pro re illa, & æstimatione illius comparata ad totam hæreditatem, ne ex sua repudiatione dolosa vtilitatem capiant. Quod si melioratio constet ex quota bonorum, *ex dict. l.* 21. & iure communi, debita deducentur, & in eo erit separatio; quia si acceptet, cum reliquis hæredibus conuenietur; si repudiet, solus pro quota illa. Quæ vtilitas dictæ legis 21. retento hoc intellectu maxima est, & circuitum vitat, aliàs nihil expenderet

8

tanto

tanto opere, *dict. l.21.* Vt vtiliter intelligamus prædictam legem in melioratione facta in re certa, vel quota bonorum; in quo aptissimè conueniunt verba dictæ legis 21. ibi, *Como si fuessen herederos en la dicha mejoria:* & ibi, *Sean obligados los tales mejorados à la pagar*; licet aliter interpretetur Molina *vbi supra*, cuius sensus nobis neque probatur, neque improbatur, vt liberum cuique sit suo more sentire: nobis vtilis Reipublicæ hæc interpretatio videtur, & *ad dict.l.21.* & *ad l.1.Cod.si certum petatur*, opportunissima, quæ decidebat casum illum, scilicet, cùm legatarius prælegatum acceptabat, idemque hæres acceptata quoque hæreditate: sed id omissum erat, si prælegatum acceptasset repudiata hæreditate, in quo nostra lex 21. visa est casum nouum & difficultate plenum decidisse, vt & debita solueret, & ad debita teneretur: siue prælegatum in re certa, siue in quota bonorum consisteret: & hæc pertinent ad casum priorem, quando debita contracta sunt à primo maioratus institutore. Iure communi distinguuntur quinque illi casus, tota hæreditas, omnia bona, quota hæreditatis, quota bonorum, certa res, & quid in his dicta lege 21. Tauri constitutum sit, iuxta nostrorum Interpretum sensum, de quo *d.c.11. n.63.* Modò accipimus alterum disputationis caput, secuti Ludouici Molinæ methodum, cùm scilicet debita non sunt contracta ab institutore, sed ab alio successore maioratus: & tunc distinguit ipse inter debita contracta contemplatione maioratus, & contemplatione ipsius possessoris: & rursum in his debitis, quæ contrahuntur à possessore maioratus occasione maioratus subdistinguit, vt si intercedat regia facultas ad obligandas res maioratus, pro debitis occasione maioratus contractis, habita causæ cognitione ad impetrandam huiusmodi facultatem obligandi res maioratus, iuxta ea quæ resoluit idem Molina *lib.4.cap.3. per totum.* Et tunc successor omnino teneatur aut ea debita soluere, aut res obligatas creditoribus relinquere, vt eas tamdiu obtineant, quamdiu debitis non sit satisfactum, computatis tamen fructibus in sortem & debita ipsa, iuxta legem finalem, *Cod.si vnus ex pluribus hæredibus*, ibi: *Vt vel totum debitum soluant, vel eo quod detinent cedant.* In quo tamen culturæ & expensarum, quæ fiunt causâ colligendorum fructuum & conseruandorum, ratio habenda est, *dict.l.fundus qui, ff.famil. erciscund.* 9

Quod si facultas regia non intercedat, tunc circa expensas & debita quæ contracta sunt occasione ædificiorum, & reparationum, & meliorationum bonorum maioratus, iure nostro maior difficultas est, *ex l.46.Tauri*, ex cuius legis decisione illud expeditum videbatur, vt si meliorationes, expensæque, propter quas contracta sint debita, pertineant ad ædificia & ædificiorum reparationes necessarias, atque pertineant ad perpetuam vtilitatem bonorum maioratus, in nihilo omnino teneri possessorem & successorem maioratus, quia cùm prædicta lex 46. filiis & vxoribus negarit in huiusmodi meliorationibus & expensis ædificiorum, & reparationum actiones ad consequenda ea quæ sibi deberentur earundem occasione, nihilque voluerit deberi propter has meliorationes, in nihiloque teneri successorem, sed liberè perueniant ad successorem, proculdubio omne creditorum ius longius expulisse videtur à rebus maioratus, quod ex ædificiis & ædificiorum reparatione resultaret, postquam voluit, vt libera ab omni debito transferrentur in successorem; qui enim vult 10

consequens, necessariò vult antecedens, quod necessariò antecedit, *l. ad legatum, l. ad rem mobilem, ff. de procuratoribus.* Tum etiam quia nisi hoc intelligeretur, aperta esset fraus dictæ legis 46. interpositis cautionibus inter creditores, filios, & vxores, machinante sæpe dolos possessore maioratus, & mutuam accipiente pecuniam ad refectionem, quæ posteà vxori & filiis restitueretur; quodque vnâ viâ prohibitum esset, aliâ permissum reperitur, onustaque sæpe primogenia ære alieno, hac arte excogitatâ hypothecâ perirent, & machinato dolo interciderent: quapropter meritò existimamus, ex huiusmodi expensis & meliorationibus factis propter ædificia, & ædificiorum reparationes, nihil omnino debere successorem maioratus, neque filiis, neque vxori præmortui possessoris, vt latè diximus suprà *cap.* 13. *num.* 43. *& seq. ad dict. l.* 46. *Tauri*: verùm ita arbitramur, mutuantem ad ædificium, vel reparationem ædificij, in bonis maioratus non habere tacitam hypothecam, sed obligationem duntaxat personalem contra eum, cui mutuauit & eius hæredes, ex ratione dictæ legis 46. quæ militat in omni genere creditorum, ne maioratus magno consilio institutus vt perpetuò duret, breuissimè excogitatâ hac viâ destruatur, & quia bona ipsa successorum libera esse voluerit ab omni debito, quod patet ex litera dictæ legis 46. ibi: *Sean assi de mayorazgo, como lo son, o fueran las ciudades, villas, o lugares y heredamientos y casas donde se labrare.* Vult igitur lex, vt tales meliorationes, & ædificia sint libera, sicuti sunt ipsa bona maioratus, quæ libera sunt ab omni obligatione: præterea successorem liberum quoque esse voluit & fecit, ibi: *Y mandamos que en todo ello succeda el que fuere llamado al mayorazgo con los vinculos y condiciones en el mayorazgo contenidas, sin que sea obligado a dar parte alguna de la estimacion o valor de los dichos edificios.* Quæ autem sequuntur verba, *A las mugeres del que los hizo, ni à sus hijos*, exempli causâ adducta sunt, neque dispositionem coarctant, aut restringunt; quod proprium est exemplorum, & trahuntur vtplurimùm ab his, quæ frequentiùs contingunt; omnia enim simul aptari ad regulas non possunt, quia infinita exempla sunt. Voluit igitur lex 46. bona omnia maioratus & ædificia in his erecta libera ab omni obligatione, & ipsum successorem ab omni debito huiusmodi securum.

Vnde licèt ex dispositione legis 26. *tit.* 13. *part.* 5. dispositum sit mutuantem in refectionem domus, vel nauis acquirere in eis ius hypothecæ contra dispositionem iuris communis, vt ibi bene aduertit Gregor. Lopez verbo *facer*; id tamen non est recipiendum in mutuo ad reficiendum res maioratus, vel ad ædificandum de nouo, quia in his prohibita est obligatio, non secus ac si quis ad refectionem domus vel ædis sacræ mutuaret, exindeque existimaret ædem sacram esse sibi obligatam & hypothecatam, ex decisione dictæ legis 26. ex cuius legis decisione id existimabat Ludouicus Molina *dict. lib.* 1. *cap.* 10.
11 *num.* 19. neque quicquam oberit, quod subsit magna causa, & in vtilitatem perpetuam maioratus, ex quibus alienari prohibita, non solùm pignori dantur, sed alienantur quotidie, *l. peto*, §. *prædium*, *ff. de legat.* 2. *l. qui solidum*, §. *fin. eod.* Tiraquellus qui plura refert *de retractu lignagier*, §. 1. *gloss.* 14. *num.* 1. *authent. res quæ*, & ibi D. Anton. Meneses de Padilla *Cod. communia de legatis*: quia in nostra hac specie ædificiorum, & reparationum obtineri non potest,

rest, vbi expresſè obligatio iſta prohibita eſt; ob idque particularis iſta iuris prohibitio ceſſare facit generalem definitionem, quare conſultius fiet, ſi in hac quoque ſpecie facultas Regis poſtuletur, propter difficultatem dictæ legis 46. Si cui verò opinio placebit Ludouici Molinæ, meminerit, admittendam eam eſſe, vt inquit Vlpianus *in l. ſolet, ff. de officio Proconſulis & Legati*, οὔτε πάντα, οὔτε πάντοτε, οὔτε παρὰ πάντων; & cùm caſus contigerit, vt ipſe ait, maturiùs penſandum & deliberandum erit, propter dictam legem 46. & propter conditiones appoſitas, quæ obligationes, & alienationes prohibent: atque cùm hoc conſtitutum ſit in ædificiis & meliorationibus quæ pertinent ad perpetuam vtilitatem rerum maioratus, multò fortiùs admittenda ſunt in ædificiis & meliorationibus modicis, & quæ fiunt propter fructus colligendos & conſeruandos; ſucceſſor enim nihil horum ſoluere tenetur, ex fructibus facta hæc omnia videri debent: quare cùm ſemper agamus de debitis contractis propter ædificia, & ædificiorum reparationem, denique de expenſis, retenta dicta lege 46. *Tauri*, dicendum eſt, ſi tales meliorationes etiam propter fructus durent, & earum vtilitas permaneat in tempus ſequentis ſucceſſoris, hunc ſucceſſorem minimè teneri ſoluere aliquid, etiam pro ea vtilitate, quæ ſibi obuenit ex huiuſmodi expenſis, *ex dict. l.*46. quia ſi id non recipimus in perpetuis & permanentibus, vtilibus & neceſſariis, quî fieri poteſt vt admittamus in his quæ fiunt propter fructus, vel quæ modicæ ſint? Contrarium exiſtimabat Ludouicus Molina vbi ſuprà *num.*24. atque ad id inducebat caput 2. *de ſolutionibus*: ſed in noſtro caſu pugnat lex 46. in caſu autem dicti capitis 1. æquum eſt, vt ſucceſſor pro rata vtilitatis, quam percipit ex meliorationibus ab alio factis, ſatisfaciat; cui æquitati nihil repugnat ex diametro. Hactenus ſi debita contracta ſint propter ædificia, & meliorationes ædificiorum, retenta dicta lege 46.

Prædicta autem omnia rectè accipientur in Prælato, in quo nulla difficultas eſt, *ex dict. l.*46. *Tauri*, vt ſi Prælatus debita contraxerit in euidentem vtilitatem & neceſſariam Eccleſiæ, rerumque Eccleſiaſticarum, quæ vtilitas permaneat & perſiſtat poſt vitam eius qui debita contraxit, ſucceſſor ſaltem teneatur ad debita pro portione vtilitatis, ſi ex fructibus præmortui, deductis neceſſariis ad vitam cum dignitate tuendam expenſis, creditoribus ſatisfieri non potuit, ex textu *in dict. cap.*1. *de ſolutionib.* vbi Abbas & Scribentes, & *in cap. ex præſentium, de pignoribus*, Antonius Ancharanus & Scribentes *in cap. ſignificauit, de reſcriptis*, Imola *in l. ſi filiusfamilias, §. fin. ff. ſoluto matrimonio*: plures allegat Ludouicus Molina *dict. lib.*1. *cap.*10. *num.*15. 12

Imò in hoc caſu, ſi Prælatus accipiat mutuam pecuniam ad reficiendum ædes, turrim, vel domum, exiſtimamus habere locum diſpoſitionem dictæ legis 26. *tit.*13. *part.*5. vt pro mutuata pecunia reſtent obligata, quia in hoc caſu nihil eſt quod obligationem illam impediat, dummodo refectio neceſſaria ſit, & pertineat ad neceſſariam & permanentem vtilitatem rei, quæ reficienda ſit, & quod pecunia ad hanc ipſam refectionem ſit mutuata; & in hac ſpecie magis admittenda eſt, quia ex ea pecunia res Eccleſiæ, vel dignitatis conſeruantur, quæ alias omninò corruerent, & eſt opportuna inductio legis *huius, ff. qui potiores in pignore habeantur*, ibi: *Huius enim pecunia ſaluam fecit totius*

pignoris causam. Neque extendenda est generalis illa prohibitio, ne res Ecclesiæ alienentur, vel supponantur, ad eam obligationem, quæ magis conseruat res Ecclesiæ, cùm præsertim illud *in dict. cap.1. de solutionibus,* non solùm non sit reprobatum, sed ferè constitutum; pronum enim est vt constituta actione personali *in dict. cap.1.* hypothecariam subiungamus, vt personali innitatur, *ex dict. l.26.* vt quoque hunc casum separamus à priori, propter legem 46. quæ personalem & hypothecariam tollit.

13 Præterea, quia maioratus à fideicommisso secernitur & separatur, *dict. l.46.* eius dispositio quoque de hypotheca non recipienda in rebus maioratus refectis, acceptâ mutuò ad refectionem pecuniâ, non est admittenda in fideicommisso, immò fideicommissarius, sicuti tenetur ad expensas necessarias & permanentes, ita quoque tenebitur ad debita contracta propter refectionem & ædificia necessaria & permanentia, saltem pro vtilitate, quæ ad fideicommissarium peruenit ex ea refectione, aut ædificio, argumento textus *in dict. l. domos, ff. de legat.1.* & quæ adduximus isto capite, in principio. Carolus Molineus *tit.1. §. 1. glos. 5. num. 75.* Iulius Clarus *lib. 4. sententiarum, §. feudum, quæst.88.* Guido Papæ *decisione.169. num.1.* Iason *in dict. l. domos, num.1.* immò in hac specie, postquam admittitur actio personalis, vt *in dict. l. domos, l. vbi purè, ff. ad Trebel. l. mulier, §. sed enim, ff. eod.* pronum quoque est vt hypothecariam admittamus, *dict. l.26. tit.13. part.5.* cùm enim fiat vt magis res conseruetur, cúmque expensæ fideicommissario reputentur, meritò & debitò propter has expensas oritur & obligatio realis; nihil enim est quod ipsam impediat: cúmque ius voluerit fideicommissarium teneri, procliue est sic intelligere, vt res quoque per fideicommissum restituendæ, tacitè sunt obligatæ, quod in maioratu recipi non potuit propter dictam legem 46. quæ fundamentum abstulit obligationis realis, scilicet personalem obligationem contra successorem; eum enim liberum esse voluit ab omni debito, etiam propter refectionem contracto, securáque & libera ipsa bona, ne de obligatione reali dubitari posset: diuersum est in Prælato, *ex dict. l. 1.* & fideicommissario, *dict. l. domos.*

14 Seclusâ verò dicta lege 46. & reiectis debitis contractis propter ædificia erecta in solo maioratus, & propter refectionem ædificiorum, reliqua debita eam recipiunt diuisionem, vt alia contracta intelligantur occasione maioratus, & ad maioratus euidentem, & permanentem, & vtilem causam, in quo plurimùm aduertendum erit, atque huiusmodi debita soluit possessor maioratus: ita resoluunt D. Antonius de Padilla præceptor meus *in l. vnum ex familia, § si de Falcidia, ff. de legat. 2. num. 9.* Ant. Gomez *in l.40. Tauri, num.72.* Petrus Peralta *in l.3. §. qui fideicommissam, ff. de hæredib. instituend. num. 130.* Ludouicus Molina *dict. l. 10 cap. 10. num. 15.* & *num. 24. vers. in primo casu, cum num.25.*

Quod & in Prælato admittendum est ex decisione capitis 1. *de solutionibus,* vbi Abbas, & *in cap. ex præsentium, de pignoribus, cap.1. §. si vassallus, hic finitur lex, deinde consuetud. incip.* Afflictis *in cap.1. qui success. teneant. num.24.* Paulus *consil.54. volumine 1.* Oldradus *consil.146.* Aretinus *in l. ciuitas, versic. circa quartum, ff. si certum pet.* plures allegant prædicti Doctores, de quibus *num.*

num. præcedenti, qui licèt allegent dictum §. *si v ssallus*, textus ille tamen nihil probat, secundùm intellectum verum ad literam, de quo supra egimus *cap.* 12. *num.* 84.

Si verò debita contracta non sint occasione ipsius maioratus, sed pro necessitatibus ipsius maioratus possessoris, tunc successor maioratus ad huiusmodi debita minimè tenebitur. Carol. Mol. *in consuet. Parisiens. part.* 1. §. 11. *num.* 8 Greg. Lopez *in l.* 4. *tit.* 15. *part.* 2. verbo, *Sus deudas*, Anton. Gomez *l.* 40. *Tauri, num.* 72. Dominus Antonius de Padilla *dict* §. *si de falcidia*, *num.* 7. Molina *dict. lib.* 1. *cap.* 10. *num.* 29.

Contra hoc postremum est textus elegans & difficilis, in cuius explicatione concertant ingenia præclara, scilicet lex 4. *tit.* 15. *part.* 2. vbi scriptum est, quod nouus Rex, idemque successor in Regno, debeat & teneatur debita prædecessoris soluere, ibi: *E otrosi pager sus deudas, e en complir sus mandas, e en fazer algo a los suyos.* Quam tamen legem Hispani Gregorius Lopez *ibidem*, Dominus Antonius de Padilla *in dict.* §. *si de Falcidia*, *num.* 7. & Antonius Gomez *in dict. l.* 40. *num.* 72. Petrus Peralta *in* §. *qui fideicommissam*, *num.* 138. Molina *dict. l.* 1. *cap.* 10. *num.* 30. dupliciter intelligunt, primò vt procedat de honestate, non verò de iuris rigore, quia verecundum sit Regi debita emortui Regis non soluere: idque probant ex verbis dictæ legis 6. ibi: *E por bien estanza.* Itaque si verecundiam hanc omiserit Rex, quæ facilè solet omitti ex hoc sensu, arbitrantur non compelli posse ad debita soluenda: secundò interpretantur dictam legem 4. vt distinguant inter regnum & reliqua bona emortui Regis, præmittuntque regnum non deferri hæreditario iure, sed iure sanguinis, ex *l.* 1. *eod. tit. & part.* ibi: *E esto vsaron siempre en todas las tierras del mundo do quier que el señorio ouieron por linage, è mayormente en España.* Quæ verba altiùs nobis sunt repetenda: aiunt ergo successorem in regno, fuisse quoque hæredem in reliquis bonis liberis, ac proinde teneri ad debita. Quam secundam interpretationem accipiunt ex illis verbis, *Porque finca en el lugar, e hereda sus bienes.* Et excogitata est ista secunda solutio, quæ distinguit inter regnum, & reliqua bona, propterea quod lex prædicta dixerat teneri successorem in regno ad debita ex honestate, quia inuerecundum esset non soluere, & ex iuris rigore; ita vt verba illa, *Por bien estanza*, referant ad successorem solius regni; & verba illa, *Por derecho*, referant ad successorem regni, qui hæres extiterit in reliquis bonis: quin Antonius Gomez ex verbis illis, *Por derecho*, existimat *in dict. l.* 40. *dict. num.* 72. debita illa fuisse contracta in vtilitatem regni: quo casu ait teneri nouum Regem, ex his quæ superiùs diximus: & illam interpretationem repetit idem Molina *lib.* 3. *cap.* 6. *num.* 12. qui cum aliis semper fuit in opinione, vt regnum non deferatur iure hæreditario: quod iterum, & tertiò repetit *lib.* 1. *cap.* 8. *num.* 9. *ex dict. l.* 2. *tit.* 15. *part.* 2. ibi, *Do quier que el señorio ouieron por linage*: & *l.* 9. *tit.* 7. *part.* 2. ibi, *Por razon de linage.* 15

Sed hæ interpretationes mihi semper difficiles visæ sunt, qui facilè credulus neque sim, neque esse velim. Quod attinet ad primam solutionem, ea vel ex litera ipsius legis reiicitur, siquidem dicta lex non se restringit ad solam rationem æqui & boni, sed ad strictam quoque iuris scripti vim & potestatem, ibi:

ibi: *Tenudo es por derecho, e por bien estanza de fazer estas cosas por el Rey finado.* Vbi illa duo verba, *Por derecho, e por bien estanza*, non fuerunt otiosè multiplicata à legum nostrarum conditoribus, qui planè nouerant, distingui illa duo & separari, *l.2.§. item Varus, ff. de aqua pluuia arcenda*, ibi: *Hoc æquitas suggerit, etiamsi iure deficiamur*, vulgata *l.placuit, C. de iudiciis, l. in his, ff. de condit. & demonstrat. In his* (inquit Caius) *quæ extra testamentum incurrunt, possunt res ex bono & æquo interpretationem capere; ea verò quæ ex ipso testamento oriuntur, necesse est secundùm scripti iuris rationem expediri.* Cùm igitur lege cumulata sint verba illa, non potest lex, salua & iuris & verborum recta ratione, ad alterum tantùm restringi, quæ planè & expeditè asserat, *E por derecho, & por bien estanza*, teneri regni successorem debita mortui soluere; quæ difficultas commouit Gregorium, & Gomezium, & reliquos, vt irent in alteram interpretationem, eam scilicet, quod Rex nouus extiterit hæres emortuo, non in regno, quod hæreditario iure deferri negant; sed in reliquis bonis, quod extorquere volunt ex *dict.l.4.*ibi, *E hereda sus bienes.* Ideoque præmittunt habuisse Regem emortuum bona libera, in quibus nomen & ius hæredis consistere potest, quod quidem tum diuinatur, tum reiicitur ex ipsa litera dictæ legis 4. quæ ad regni quoque successionem refert ius illud debitorum exigendorum à nouo Rege, ibi: *E segun iusticia, e derecho, como quiera que fiziessen a el en su muerte, assi lo deue el fazer por la anima del finado, pues que finca en su lugar, e hereda sus bienes.* Expende verba, *Segun iusticia e derecho*; & illa item, *Pues que finca en su lugar.* Quæ coacta ratione ad regnum sunt referenda, non ad bona libera; quia illa etiamsi diuinationem concedamus liberæ hæreditatis, satis explicantur per illa verba, *E hereda sus bienes.* Præterea cùm duo illa verba, *Pues que finca en lugar, e hereda sus bienes*, coniungantur copulâ illâ, *E*, dicendum est esse diuersa, ac proinde priora ad regnum, posteriora ad bona libera esse referenda, admissa eorum opinione, qui ibi bona libera interuenisse diuinant, modò cum *Segun iusticia e derecho*, debeat soluere debita; & quia in regno, & in reliquis bonis successit, dicendum est, tam propter regni successionem teneri, quàm propter reliquam hæreditatem; quod magis suadetur coacta ratione ex verbis dictæ legis 4. quæ sequuntur ibi: *Pero esto deue ser fecho, de manera que non mengue el señorio, assi como vendiendo, o enagenando los bienes del que son, como rayes del reyno, mas puedelo fazer de las otras cosas muebles que ouiere.* Que verba vel ab inuito extorquebunt de successore in regno esse intelligendam obligationem soluendi debiti, quia aliàs inanis erat, & indigna tantarum legum conditoribus prohibitio illa, ne res soli ad solum regnum pertinentes propter debita vendantur, quæ securæ erant ab hac alienatione, cùm in illis nulla talis obligatio reperiretur: & subdit *d.l.4. Onde el Rey que esto non fiziesse auer, lo ayan por enacio, e por desmesurado, e aun por torticero.* Expende verba illa, *Onde el rey*, ad solam enim regni successionem, non ad aliud restringit obligationem soluendi debiti: neque tam seuerè de Rege statueret, si Rex, quia regni successor, ad ea debita non teneretur: quæ rationes coëgerunt tertiam illam interpretationem, vt intelligendum sit debita fuisse contracta in vtilitatem regni, quâ nulla quidem potest *ad l.4.* maior esse diuinatio; hæc autem tertia interpretatio excogitata

tata eſt, quia duæ priores conſtare non poterant, omnes autem alienæ ſunt à vera ratione dictæ legis 4.

Vnde Emanuel Coſta *in tract. de patrui & nepotis ſucceſſione, tit. de ſucceſſione regni, pagina mihi* 140. tenet dictam legem 4. abſolutè eſſe intelligendam de regno, & regni ſucceſſore, vt is teneatur ad debita, argumento textus *in cap.*1. *de ſolutionib.* & *cap. licèt, de voto*; quia bona Regis emortui in nihilo diſtinguuntur in his iuribus à regno, & ex Baldo *in cap. venerabilem, num.*14. de electione; & deferri regnum iure hæreditario intelligit cum Ioanne Cirier *in tractat. primogen. quæſt.*5. *lib.*2. *num.*6. & Andreas Tiraquellus *de iure primogenij, quæſt.*35. *n.*25. & 26. cui opinioni nihil oberit quod ex Paulo de Caſtro adducitur *conſ.*164. *volumine* 2. & Abbate *conſ.*85. *part.*1. Bologninus *conſ.*62. quòd reliqui maioratus Hiſpaniæ ſint inſtar regni; quia non inde ſequitur regnum non deferri iure hæreditario; eſt enim ipſa regni hæreditas, ſi modò hæreditas eſt, nobilior & excellentior, aliis legibus definita, quàm ſint reliquæ hæreditates, quia vnus excluſis reliquis ſuccedit, & eſt indiuiduum; iſque maior natu & ætate grandior, etiamſi ſororem habeat grandiorem: neque vnquam filia niſi deficiente maſculo ad regnum admittitur, nepoſque ex filio maiori patruum ſecundogenitum excludit. Tum quia illa ſucceſſio regni eſt ad propinquiorem eiuſdem generis, maiorem vt diximus, neque ad lineam tranſverſam vnquam deuenitur, niſi defectâ rectâ lineâ, ob idque perpetua eſt ſucceſſio in regno, etiamſi quis ſit in milleſimo gradu: & licèt regni ſucceſſio habeat has omnes prærogatiuas, nihil obſtat vt iure hæreditario deferatur, retracto aut contracto hoc iure hæreditario ad has leges, quas expreſſit lex 2. *tit.* 15. *part.* 2. vnde nihil mirum, quod in aliis, quæ ex diſpoſitione legis illius non ſunt immutata, planè hæreditarium ſit regnum, ita vt debita ſoluat tanquam hæres, & legata perſoluat, quod expreſſum eſt *in dict. l.* 4. quæ duo geri citra ius & nomen hæredis vix poſſunt. Idem erit dicendum de obſeruatione contractuum qui geſti ſint cum emortuo Rege, quia in his nihil commutatum eſt, *dict. l.*2. & ita exiſtimandum eſt, *iunctis dict. l.*2. & *dict. l.*4. regnum quidem hæreditarium eſſe, *ex dict. l.*4. leges tamen hæreditarias plures eſſe commutatas, ex *dict. l.*2. quæ faciunt ipſum regnum veluti maioratum perpetuum, vnde cæteri maioratus leges accipiant; non tamen colligendum eſt, non deferri iure hæreditario, quia id *ex l.* 4. difficillimum eſt; ipſe enim Rex Hiſpaniæ in hac ipſa hæreditarij regni ſucceſſione leges liberè apponere potuit, vt ſupremus Rex, ſupremus Dominus, & Rex ſui iuris, vt dicunt Galli, Deo in cœlis, & eius Vicario in terris duntaxat ſubiectus, quare vt conſtent duæ illæ leges 2. & 4. ita interpretandum eſt. 16

Quod vt magis pateat animaduerto Gothorum tempore ante Pelagium, Hiſpaniæ regnum nec iure ſanguinis, nec hæreditario deferri ſolitum; eligebantur enim Reges, electioneque conferebatur regnum; quod tamen erat indiuiduum, *lib.* 1. *ſtatim in principio, del fuero de las leyes de los Godos, cap. de la election de los Principes, e de lo que ganan. En eſta ley diz como deven ſer elegidos los Principes, e que las coſas que ellos ganauan, deuen fincar al reyno.* Et rurſum *cap. ſequenti*, ibi: *Porende eſtablecemos, que daqui adelante los Reyes deuen ſer eſcollidos en la ciudad de Roma, o en aquel lugar hu moriere el otro Rey,* 17

e deve ser elegido con consello de los Obispos, e de los ricos homes de la corte, e del poblo, e non deve ser escollido de fora de la ciudad, nen de consello de pocos, nen de villanos de poblo. Et rursum in eodem capite, quod regnum erat indiuiduum, ibi: *Mas las cosas que ellos ganaren, non las deve haver nengun de sos fillos, sino como mandar el Rey, e las cosas que y eran suas proprias ante que fossen Reyes, devenlas aver sos fillos y e sos heredores.* Et rursum capite *de los que non deven ser Reyes*: *Quando el Rey morre* (inquit Gothus) *nengun non deve tomar el reyno, nen fazerse Rey por forcia, nen nengun religioso, nen a otro home, nen siervo, nen otro home estraño, si non es de linage de los Godos, e fillo dalgo, e noble, e digno de costumes, e con el otorgamiento de los Obispos, e de los Godos mayores, e de todo el poblo.* Id ipsum patet ex Concilio Toletano IV. *vltimo canone*, & Concilio Toletano quinto, *cap.* 3. quæ loca adducit Ludouicus Molin. *lib.*1. *cap.*2. *num.*11. & hoc est verissimum, & consentiunt omnes, ante
18 Pelagium electos fuisse Reges Gothos, qui rebus præessent Hispanis, nec successione aliqua delatum esse regnum. Quod verò legitur in dicta lege Gothorum, *Que de aqui adelante los Reyes deven ser esleydos en la ciudad de Roma*, Ludouicus Molina intelligit nomine ciuitatis illius (cùm Latina exemplaria legant, non Romæ, sed in vrbe Regia) Toletum; quod quidem neque ausim comprobare, neque reprobare: existimo sustineri posse lectionem vulgatam, vt reges Gothi electi sint Romæ, vel in Hispania in vrbe vbi mortuus erat Rex; quod vel ex hoc carmine Hispano satis constat, quod vulgo de electione Bambæ Gothi circumfertur, in qua electione propter varias sententias Hispanorum, Romam ad Summum Pontificem itum est, qui de ea re statuit quod faciendum foret: plurimùm enim in creandis nouis Regibus poterat Episcoporum authoritas, vt patet ex prædictis locis, quibus dissentientibus necesse erat, vt contentio electionis Romæ à Summo Pontifice definiretur; ideoque constitutum erat, vt vel Romæ propter varia studia Principum & Episcoporum, vel his non pugnantibus, neque dissentientibus, fieret electio in vrbe in qua Rex Gothus moreretur: quodque ait prædicta lex, *E non deve ser elegido de fuera de la cindad*, planum habet sensum, vt non eligatur Rex, nisi ex eis, qui in vrbe reperiantur ad electionem faciendam. Erat enim Pontificis Maximi sacrosancta authoritas, qui Hispaniam concesserat Gothis debellandam, propter prauos mores, & noua dogmata eorum qui ea ætate Hispaniam incoluerant; vel ad Summum Pontificem saltem discordantibus Gothis spectabat electio Romæ tunc facienda. Atque hæc fuit Gothorum ratio in creandis Regibus longissimo temporis cursu obseruata, quousque à Mauris qui Mauritaniam incolebant, tradentibus aliquot Hispanis ob priuatas simultates, deuicta & expugnata est; vnus enim Pelagius cum paucissimis relictus ex antiquo & nobili Gothorum genere, ne partium diuersarum studia quod sibi reliquum erat ex vniuersa Hispania acciperent, néve paucorum ambitio, & desperatum regnum, si electione conferretur, vires alioquin exiguas minueret, electione propter regni firmitatem reiecta, sanctissimè constituit, vt regnum deinceps non electione, sed successione conferretur; sic enim existimabat, obfirmata Hispanorum fide, reiectaque belli ciuilis causa, quod nisi
19 ob regnum excitari non poterat, certo subinde Rege posse Hispanos, licèt in extremo

extremo malo conſtitutos, pro ſua antiqua animi magnitudine, quod turpiter
amiſerant, fortiter recuperare: quæ Pelagium minimè decepit opinio. Refer-
tur hæc lex edita à Pelagio à Luca Tudenſi in ſuo chronico, licèt aliqui Co-
dices de lege illa mentionem non faciant, & ex relatione Tudenſis refert
Ioan. Lup. de Palac. Rub. *de obtentione regni Nauarræ*, *part.6.§.9.* & *in rub.*
§.69 num.26. Quicquid de lege illa, quam refert Lucas, & poſt eum Palacios
Rubios ſit, certè à Pelagio ad promulgationem vſque legum Partitarum,
non ſolùm ceſſauit electio, quæ fuerat priſcis Gothis, verùm varius fuit &
incertus modus ſuccedendi in Regno; & ſi verum amamus, Regnum certè
Hiſpaniæ hæreditario quodam iure delatum eſt. Leges autem Partitæ licèt à
Rege Alphonſo Nono conditæ ſint, quod patet in proœmio ipſarum legum,
publicatæ tamen non ſunt ad tempora vſque Alphonſi Vndecimi, qui primus
conſtituta lege præcepit, vt Partitarum leges in decidendis cauſis obſeruaren-
tur, era milleſima trecenteſima octuageſima ſexta, *l.4. titulo 4. lib.1. Ordina-*
tionum antiquarum, ibi: *Mandamos que ſe libren por las leyes contenidas en los*
libros de las ſiete Partidas, fechas y ordenadas por el Rey don Alphonſo nueſtro
progenitor. Itaque à Pelagio ad Regem vſque Alphonſum Vndecimum, quo
tempore dicta lex 2. *titulo* 15. *partit.2.* publicata eſt, quæ regni ſucceſſioni
certam rationem appoſuit, varius fuit modus ſuccedendi; ſed ille magis ob-
ſeruatus eſt, ex veriſſima rerum geſtarum ſerie, qui propiùs ad hæreditaria
iura accedebat, & regnum Hiſpaniæ hæreditarium eſſe cœpit, reiecta electio-
ne, nullaque, vel ea ambigua de Regni ſucceſſione lata & conſtituta lege,
quam modò non habemus niſi ex relatione Tudenſis Lucæ; quam tamen ali-
qui codices antiqui & manuſcripti non habent; vnde toto illo tempore variè
de regni ſucceſſione diſputatum eſt, vicitque illud quod ad hæreditatis delatæ
iura magis pertinebat; vt veroſimile ſit, ad legem vſque partitæ à Pelagio
Regni ſucceſſionem in nihilo ſeparatam eſſe à ſucceſſione reliquarum hære-
ditatum, quas Hiſpanis viris viri Hiſpani relinquerent: nam primum Rex
Fernandus, cognomento Magnus, era milleſima nonageſima tertia, regnum 20
Hiſpaniæ tanquam hæreditatem paternam diuiſit inter liberos, obſeruata ra-
tione legis *hac conſultiſſima*, *§.ex imperfecto*, *Cod. de teſtamentis*, & *l.7. tit.1.*
partit.6. quæ plures poſt annos lata eſt; ſiquidem quatuor filiis Sancho, Al-
phonſo, Garciæ, & Vrracæ, vniuerſo patrimonio per partes diſtributo, to-
tam hæreditatem reliquit; & quamuis Sanchus natu maior primùm reſtiterit,
poſteà tamen conſenſit: ex eo autem reſiſtebat, quia exiſtimabat, Hiſpanam
ditionem diuidi non poſſe, quòd ita vſitatum eſſet Gothis; pater autem ſan-
ctiſſimus, quia ius illud Gothorum tanquam nouis inductis moribus, vel le-
ge noua conſtituta, abolitum, & extinctum eſſe nouerat, non deſiit regna
veluti patrimonium diuidere, in qua quidem ætate, & in obſcura ratione ſuc-
ceſſionis rectius eſt, vt pro parente Fernando pronuntiemus, qui Regna inter
liberos diuiſit, idque ex teſtamento; quàm pro Sancho, qui vt diuiſionem 21
impediret, ne diuiderentur, antiquam, aut potiùs antiquatam conſuetudinem
Gothorum adducebat; cuius querela non ſolùm non commouit parentem, vt
ab incepto deſiſteret, ſed magis vt animum ſuum confirmaret; videbat enim
à Pelagio longè aliam rationem eſſe initam ſucceſſionis, quæ leges hæredita-

rias subiret; idque magis mihi persuadeo ex eo quia factâ illâ regnorum diuisione, cùm ad Regem accederet Rodericus de Viuar, cognomento Cidius, & Fernandus Regis filius nothus, purpurei galeri insignibus decoratus, causamque diuisionis eius à Rege percontarentur, eas Rex prudens causas explicuit, quæ proculdubio ad hæreditatem pertinent, admittendam, vel consequendam; causas enim ingratitudinis retulit, quas Sanchus filius maior natu commisisset, ibi: *Cay, di a don Sancho a Castilla, que es flor de los Reynos, mas no plega a Dios que los el logre, ca dos vezes me deshonrro en mi casa, e firio mal a don Garcia, e a don Alphonso, ambos hermanos ante mi, de que me toue por abiltado, e mande Dios, que nuncha fijo faga que mande el Reyno.* Ex quibus etiamsi
22 ad Sanchum regna omnia pertinuerint, pronum erat exhæredatum illum fuisse pro parte: constat autem sustineri exhæredationem pro parte instituto exhæredato filio in re certa; quia cùm de supplenda portione integra agit, obiiciuntur causæ exhæredationis: quam exhæredationem pro parte, facta institutione in re certa, fundat Angelus de Perusio *in l. si pater, Cod. de insti-*
23 *tutionibus & substitutionibus.* Meritò igitur Sancho relictum est regnum Castellæ, appositis causis exhæredationis, vt si regnum diuidi non posset, quod tamen fieri posse existimabat Rex Fernandus, saltem Sanchus exhæredatus pro parte reperiretur: vtrumque autem, vt patet ad oculum, ad regni hæreditariam successionem pertinebat, siue vnus, siue plures succederent; sicque existimandum est, nihil statuisse ea ætate Regem optimum, quod contra iura sui regni dispositum videri posset. Obtinuitque diuisio, & iureiurando Sanchi religiosè approbata est, ibi: *E alli a iuramento otra vez el Rey don Fernando à sus fijos, e dio maldicion, al que fiziesse cambio por cambio, ni tomasse ninguna cosa, a pesar de sus hermanos, o ellos prometieronlo, e otorgaronlo.* Mortuo verò Fernando, Sancho aduersus sororem bellum suscipiente, ipse ob contemptam religionem Deum habuit authorem pœnæ, vlciscente diuina ira iurisiurandi contemptum, & diuisionem regnorum factam non obscuro iudicio approbante, vt facile sit, vel ex hoc exemplo, & rei gestæ narratione à Pelagio hæreditarium fuisse Regnum Castellæ, quod diuideretur tanquam hæreditas; & quædam veluti exhæredatio reperiatur. Iterumque regna diuisa sunt iure
24 quodam hæreditario; Alphonso enim, qui cognomento Imperator dictus est, mortuo era millesima centesima nonagesima secunda, relictis duobus filiis, Sancho, & Fernando, alter Castellam, alter Legionem obtinuit, durauitque diutiùs ea diuisio, quousque iterum ad Castellæ ditionem hæreditario iure Legionense regnum reuersum est; de quo meminit Ludouicus Molina *lib. 1.*
25 *de Hispanorum Primogeniis, cap. 2. num. 15.* quin immò & Alphonsi Noni tempore variè de regni successione disputatum est; mortuo enim Fernando Regis Alphonsi filio natu grandiore, relictoque filio Alphonso Regis nepote, Sanchus cognomento postea Ferox vocatus, à feritate innata, quâ contra iuris diuini & húmani leges omnes parentem de se optimè meritum bello impetitum regno tandem repulit, quia post Fernandum emortuum maior reperiebatur idem Alphonsi Regis filius, regnum ad se pertinere mortuo fratre maiore, viuo vtriusque parente, dicebat simul atque Rex moreretur, etiamsi frater maior natu filium reliquisset: & tum primùm orta est in Hispania quæstio

ftio de patrui & nepotis fucceffione; non poterat autem lege Partitæ definiri, quæ, vti diximus, nondum erat publicata; ita enim Sanchus mortuo fratre fucceffionem folicitabat, vt eft in chronico Alphonfi Noni: *E luego don Sancho fablo con don Lope diaz, e dixole, que pues el fincaua el mayor de fus hermanos, que el deuia heredar los regnos despues de dias de fu padre, e que le rogaua le ayudaffe.* Obtinuitque regnum Sanchus fecundo genitus expulfo nepote ex filio maiore, qui tamen parentis teftamento exhæredatus eft: ita refertur in 26
teftamento Regis Alphonfi Noni, quod eft poft eius chronicon: *Porende nos figiondo efta carrera despues de la muerte del infante don Fernande nueftro fijo major, como quier que el fijo dexaffe de fu muger de bendicion, fi el viuiera mas que nos, por derecho deue heredar lo fuyo, affi como auia de heredar el padre; mas pues que Dios quifo que falieffe de medio que era lina derecha por defcendencia el derecho de nos à los fus fijos, e nos catando el derecho antiguo, e la ley de razon, fegun el fuero de España, otorgamos entonce a don Sancho noftro fijo mayor que lo ouieffe en lugar de don Fernando, porque era mas llegada por linea derecha que los nueftros nietos, fijos de don Fernando, e efto dezimos y otorgamos gelo, mas complidamente, que gelo podiamos dar, e otorgar, fiando en la merced de Dios, que pues el es rey de todos los bienes, derechos que faria a don Sancho que lo entendieffe.* Quæ verba me magnopere commouent, cùm ab eo dicta fint, qui iam lege lata, non tamen publicata, potiorem ftatuerat caufam in fucceffione regni nepotis quàm patrui, fcilicet *dict. l.2. tit.15. partit.2.* ac id quidem conftituerat ex inueterata confuetudine Hifpaniæ, vt refertur *in dict.l.2.* ibi: *Y aun mandaron, que fi el fijo mayor murieffe ante que heredaffe, fi dexaffe fijo o fija que ouieffe de fu muger legitima, que aquel, o aquella lo ouieffe, e non otro ninguno.* Ego tamen arbitror hoc de patruo excludendo à nepote, *in dict.l.2.* additum fuiffe 27
ab Alphonfo Vndecimo, propter id quod legitur in eius chronico, *cap.46.* Denique Sanchus confentiente & approbante parente exclufo nepote regnum obtinuit, & à fucceffione regni poftea ab ipfo parente exhæredatus eft, quod patet in dicto teftamento, ibi: *E otrofi el fijo que desheredare el padre contra mandamiento de Dios, e que lo manda la ley aquien quier que padre o madre desheredare, que muera por ello, e porende don Sancho porque lo fizo contra nos deue fer desheredado. Otrofi por el desheredamiento que nos fizo tomando nueftros heredamientos, a muy gran quebrantamiento de nos, no queriendo efperar fafta la nueftra muerte, por auerlo con derecho como deuia, es desheredado de Dios, e de natura, e nos desheredamosle. Otrofi por fuero ley del mundo, que non herdade en lo nueftro, el ni los que del vinieren. Otrofi porque nos defapodero del mayor defapoderamiento que nunca fue fecho a home, deue el fer defapoderado contra verdad, e contra derecho, dezimos nos contra el, aquel mal que Dios eftablefcio contra aquel que tales cofas fizieffe, efto es, que fea mal dicho de Dios, e de fanta Maria, e de la corte celeftial, e de nos, por el disfamamiento que fizo de nueftra perfona, disfamamosle nos de aquel disfamamiento que el fe quifo auer.* Plura alia funt quæ ad exhæredationem pertinent, grauiffima alia quidem, & tanto Rege digniffima; protinufque in difpofitione ad regni fucceffionem vocat nepotes ex filio Fernando natu grandiore, his verbis, ne cui dubium fit factam fuiffe exhæredationem de regni fucceffione, ibi: *E porende ordenamos,*

mos, e mandamos, e otorgamos en este nuestro testamento, que nuestro señorio mayor de todo lo que auemos, e auer deuemos, finque despues de nuestros dias a nuestros nietos, fijos de don Fernando nuestro fijo, que fue primero heredero, de guisa que el mayor herede el señorio. Et rursum ibi regni successioni substitutionem facit, ibi: *E ordenamos aun mas, que si fijos de don Fernando moriessen, que deuiessen heredar, que tome este nuestro señorio el Rey de Francia, porque vienne derechamente de liña derecha, onde nos venimos del Emperador de España, e es visnieto del Rey don Alfonso de Castilla, bien como nos, e es nieto de su fija.* Quæ exhæredatio certè fieri non potuit, nisi regnum iure hæreditario deferretur; sic enim distinguunt nostri: & quamuis in primo institutore maioratus latè disputent, an possit exhæredare, vt per Carolum Molineum *in consuetudinib. Parisiensib. tit.* 1. §. 8. *gloss.* 3. *num.* 12. Peralta *in l.* 3. §. *qui fideicommissam, num.* 86. *ff. de hæred. instituend.* Dominus Antonius de Padilla *in l. vnum ex familia,* §. *si de Falcidia, num.* 16. *ff. de legat.* 2. Emanuel Costa *in quæstione de patrui & nepotis successione, pag.* 252. Menchaca *de successionum creatione* §. 21. *num.* 146. Tiraquellus *de primogen. quæst.* 21. *num.* 4. & 10. Guillelmus Benedictus *in cap. Raynutius, verb. in eodem testamento, el* 1. *num.* 207. tamen in casu, in quo iure particulari vocationis, non hæreditario succedatur, non ab vltimo possessore capiendo, sed à primo institutore, proculdubio exhæredatio facta ab vltimo possessore nihil obest successori, cùm ab eo nihil accipiat: ita concludit Carolus Molineus *vbi suprà, num.* 10. Antonius Gomezius *in l.* 40. *Tauri, num.* 71. & resoluit & dicit verissimum idem Molina *lib.* 1. *cap.* 9. *num.* 2. *versic. aut agimus.* Cùm igitur regna inter hæredes diuisa sint, & succcessor sit exhæredatus ab vltimo possessore, procul dubio dicendum est, deferri regnum iure hæreditario. De
28 ea autem exhæredatione Sanchi latissimè disputatum est post plures annos; sola enim illa exhæredatio conseruauit Hispaniæ regnum Ioanni I. filio Henrici I. contra Halencastrum Britannum, coniugem Mariæ filiæ Petri Regis, cognomento Crudelis; qui Halencastrus contendebat restituendum esse sibi Hispaniæ regnum, qui filiam maiorem natu Petri, cognomento Crudelis, duxisset: porrò Ioannem primum filium esse Henrici, qui fratrem verè Regem regno repulisset, deinde occidisset. De eaque re variè disputatum est ab vtriusque Legatis ad Pagum Valderas, qui non longè distat ab Vrbe Astoricensi; totáque causa Ioannis Primi deriuata est ab exhæredatione Sanchi; refertur in chronico Ioannis Primi, vbi pulchrè de regni iure actum est; digna
29 res, quæ sæpiùs perlegatur: quin quod idem Rex Alphonsus debita præcepit vt à regni successore soluerentur in eodem testamento. Verissimum ergo est, quod licèt tempore Gothorum regnum ex electione cederet, à tempore Pelagij ad publicationem legum Partitarum hæreditarium fuisse, vt quod inter liberos diuisum sit, & exhæredationis iura admiserit.

30 At verò *dict. l.* 2. *tit.* 15. *partit.* 2. certus modus constitutus est successioni, vt filius maior, mortuo patre, ad regnum admitteretur: quod verò subdit dicta lex 2. *Do quier que el señorio ouieron por linage, e mayormente en España*, ad Pelagij tempora referendum est, non ad Gothorum tempora: item quod successio fiat ex recta linea, deficiente filio maiore, vnde filia quoque admissa est defecto masculo, ibi: *Que si fijo varon y non ouiesse, la fija mayor*

mayor heredaſſe el reyno; vtque nepos ex filio maiore patruum excluderet, ibi: *E aun mandaron que ſi el fijo mayor morieſſe ante que heredaſſe, ſi dexaſſe fijo, o fija que ouieſſe de ſu muger legitima, que aquel, o aquella lo ouieſſe, e non otro.* Ex his omnibus autem nuſquam ablata eſt hæreditaria qualitas; immò lex ipſa hæreditatem eſſe ſignificat repetito illo ſæpius verbo, *Heredaſſe*; verbumque illud, *Por linage*, quodque ex eo volunt deducere, vt regnum deferatur iure ſanguinis, non iure hæreditario, primò referunt ius antiquum, quod certè hæreditarium fuit, ex his quæ diximus ſuprà. Præterea nihil obſtat vt bona aliqua deferantur propinquiori, & retineant iura & qualitates hæreditarias; quod in Gallia recipitur in maioratibus, qui iure præcipui filio maiori competunt, de quibus Tiraquel. Carolus Molineus, & Guillielmus Benedictus *vbi ſup.* ob idque ſemper leges Partitarum retinent nomen *heredar*; nam *in l.3. dict. tit.15. part.2.* verbum illud reperitur, ibi: *La octaua, que ſean tales, que no codicien heredar lo ſuyo, cuydando que han derecho en ello, deſpues de ſu muerte*; quod in pupillo ad regni ſucceſſionem proculdubio referendum eſt, ac ſtatim ſequitur lex 4. quæ de debitis eſt, & legatis ſoluendis, quæ proculdubio de regni ſucceſſore eſt intelligenda: ex qua *dict. l.4.* iuncta *dict. l.2.* neceſſariò deducendum eſt, quia de debitis & legatis nihil *in l.2.* fuerat diſpoſitum, remanere intacta quantum ad hoc iura hæreditaria; & quæ de debitis & legatis præſtandis ſtatuta ſunt in reliquis hæreditatibus, idem de contractibus ſtatuendum cenſeo, de quibus nihil ſit diſpoſitum *in d.l.2.* cùm tamen aliæ leges obſeruentur, quæ de alienatione conſtitutæ ſunt, *l.5.eod. tit. & partit.* & nouioribus poſteà latis, de quibus nihil ad nos. Eſt ergo regni ſucceſſio illuſtrior, excellentior, nobilior, & tota particularibus legibus definita, quæ perpetuam regni conſeruationem pollicentur; vnde perpetua quoque maioratuum conſeruatio poſtulata eſt; ob id tamen ſicut reliqui maioratus indignior qualitates hæredis non amiſit, ſucceſſor in regno, immo hæres verè eſt, & debita ſoluit, & legata præſtat, & contractus obſeruat, obſeruata vetuſtate, & antiqua ratione ſucceſſionis, quæ eatenus correcta cenſeri debet, quatenus *dict.l.2.* immutata reperiatur: hinc eſt vt nomine expenſarum & meliorationum, quæ fiunt ad regni conſeruationem, & defenſionem, ornatum, vel ſplendorem, perpetuo tenore à Gothis ad noſtra vſque tempora nihil vnquam à coniuge, & reliquis filiis ſit petitum; quia ſcilicet vnum regnum eſt, & indiuiduum, etiamſi ex ædificiis, vel aliàs expenſæ procedant; inſtar que regni de reliquis maioratibus conſtitutum eſt, *l.46. Tauri.* Iam enim tum à Gothis hæc lucra Regno cedebant, *dict. l. 2. in princip. del fuero iuzgo*, ibi: *Mas las coſas que ellos ganaren, non las deue auer ninguno de ſos fillos.* Alias enim breuiter periret Regnum, quæque *ad l. 46. Tauri*, adduximus, multò fortiùs in Regno admittenda ſunt.

Hinc puto deriuatum, vt Regnum propter hæreſim auferendum ſit ab hæretico Rege, & ab eius liberis; quod tenent eruditiores: vide Iacob. Simancæ *libro diſputat. cap.16.* & ibi quid verba illa *iure ſanguinis*, ſignificent, qualitérque ſint accipienda.

Plura enim regna iure hæreditario deferuntur, vt patet ex his quæ refert 31
Oldradus *in conſ.94. & ſequentib.* & *conſil.230.* Albericus *in proœmio Digeſtorum,*

rum, §. *discipuli*, & *in l.fin.Cod. de donationibus inter virum & vxorem*. Petrus de Ancharano *in cap. licèt, de voto*, Panormit. *in consil.* 3. *lib.* 2. Martinus Laudensis *in tractat. Primogenij, in fine*. Et tamen in his regnis hæreditariis, vt patet ex his quos retulimus, omnia ferè sunt, quæ admittuntur in regnis non hæreditariis; vnus enim admittitur, natu grandior, excluditur fœmina, indiuiduum regnum est, admittuntur autem reliquæ qualitates hæreditariæ, quæ solent recipi in priuatis successionibus; quin quòd omnes agnoscunt regnum Vngariæ esse hæreditarium, *in cap. licet, de voto*, & Oldradus *consil.* 93. *num.* 16. & Martinus Laudensis *vbi suprà, quæst.* 19. & Ripa *in l. nemo potest, num.* 7. *ff. de legatis* 1. asseuerant generaliter Regem posse priuare primogenitum filium regno propter legitimam ingratitudinis causam, iuxta §. *causas, in auth. vt cum, de appellat. cognosc. collat.* 8. & licèt Guillelmus Benedictus *vbi sup. num.* 209. & Molineus *vbi sup. num.* 12. intelligant contrarium in Delphino Franciæ, tamen id Guillelmus Benedict. *num.* 209. dubitat: in Hispania certè facta semel exhæredatio magnum argumentum præstat vt possit fieri, cùm nihil contrarium dispositum reperiatur: pro quibus quoque maximè facit diuisio illa, quæ facta semel ac iterum est à Regibus Hispaniæ, quæ ad iura hæreditaria maximè accedit, ex his quæ adducit Baldus *in authent. hoc amplius, Cod. de fideicommissis, num.* 10. vbi quærit, an filij Regis possint diuidere Baronias inter se, vt euitent futuras dissensiones? & respondet posse de consensu patris, & licere ipsi Regi id facere, vel reuocare dum viuit. Vnde in diuisione illa, quam adduximus, facta semel, & iterum, consensus filiorum & viuentis Regis expectatus est: ex quibus, ni fallor, nihil oberunt disposita *in dict. l.* 2. *tit.* 15. *part.* 2. cùm ea omnia admittantur in regnis hæreditariis, neque destruant reliquas hæreditarias qualitates, quæ inibi immutatæ non reperiuntur. Ex quibus quantum coniector multa deducebat Emanuel Costa, præceptor meus, in quæstione de patrui & nepotis successione, de regni successione, *pagina mihi* 135. *& sequentib.* quæ quidem cùm dicta sint à viro iuris scientissimo, acutè, eleganter, & ex fundata iuris ratione, & serie rerum antiquarum, planè non sunt commerita, vt errores vocentur; honestiùs, præsertim cum mortuis, luctandum est, ne videamur emortui leonis barbam vellere. Meritò ergo regnum à maioratu separamus, quia separatam habent rationem, licèt doctiores bis ac ter nihil inter vtrumque distinguant: illud verò mihi quoque referre liberum est; hæc tibi videntur, illa verò mihi.

Præterea facit pro prædictis caput *licet, de voto*, iuxta veram & elegantem
32 interpretationem eius decisionis, quam relatis reliquorum interpretationibus trademus; sic enim constituit communis & recepta sententia cum glossa *in dict. cap. licèt*; quod ideo ibi in specie proposita filius Regis Vngariæ amisit regnum integrum propter non adimpletum votum parentis, & non legitimam portionem duntaxat, quia scilicet portio legitima, quâ solùm primâ facie videbatur priuandus, non poterat deduci à regno, quia regnum erat indiuiduum: aiunt enim, quod quamuis propter adimpletum votum parentis non possit legitimâ priuari, notat Cardinalis, Abb. & Imol. *in cap. si hæredes, de testamentis*, vbi Couarruuias *num.* 9. Segura *in l.* 3. §. *final. ff. de liberis & posthumis*,

mis, Ioannes Cirier, qui latè tradit, *de primogen. lib.3. quæſt.6. num.15.* Carolus Molineus *vbi ſuprà, num.19.dict. titul.1.§.8. gloſſ.3.* id tamen aiunt non habere locum, neque eſſe recipiendum in regni ſucceſſione, in quo legitima non poteſt deduci à regno, quia regnum vnicum eſt, & indiuiduum, ob idque integrè regnum amittitur: quæ quidem interpretatio ſatis conuenit his quæ diximus; in regno enim, quantumvis hæreditario, ſingularia quædam conſtituta ſunt, quæ regni ſucceſſionem ſeparant à regulis vulgaribus reliquarum hæreditatum; quod patet vel *ex dict.l.2. tit.15. part.2.* & fatentur omnes qui de regnis hæreditariis verba faciunt.

Ex qua communi interpretatione deducebat Rodericus Suarez *in l. quoniam in priorib. Cod.de inofficioſo teſtamento, in princip. num.20.* vt ſcilicet, licèt verum ſit, quod iuxta deciſionem eius legis omne grauamen de legitima reiiciatur, vnde reiiciendum quoque eſſet voti adimplementum, & quodlibet onus legati, quantumvis pij appoſiti; tamen illud fallit, quando hæreditas conſiſteret in regno, ſeu alia dignitate indiuidua; quia tunc ratio illa indiuidui faceret vt filius legitima priuaretur, ex deciſione dicti capitis *licet*; qui intellectus pendet ex communi interpretatione *ad dict.cap. licet.*

Hoſtienſis, Ioannes Andr. & communiter omnes *in eodem cap. licèt*, & gloſſa & Scribentes *in cap.ſi hæredes, de teſtamentis*, ex eo quoque filium priuatum regno eſſe aiunt, quia non adimpleuit contenta in paterno teſtamento; aiuntque eſſe inibi caſum ſpecialem, ſcilicet fauor teſtamenti, & piæ cauſæ; iſtumque intellectum ſequitur Petrus Peralta *in l.3. §.qui fideicommiſſum, ff.de hæredibus inſtituend. num.86.*

Ioannes Cirier *de primogenio lib.3. quæſt.6.* Guillelmus Benedictus *in cap. Raynutius, verbo ſi abſque liberis moreretur, el 2. num.21.* Carolus Molineus vbi ſuprà, *titul.1. §.8. gloſſ.3. num.10.* Couarruuias *in dict. cap.ſi hæredes, numero 10.* Gregorius Lopez *in l.fin.tit.10. part.6.in gloſ.fin.* Antonius de Meneſes *in authent. hoc amplius, Cod. de fideicommiſſis, num.18.* Ludouicus Molina *lib.1.de Hiſpanorum Primogeniis, cap.9.num.5.* aliter interpretantur textum *in dict.cap.licèt*, ideo ibi filium priuatum fuiſſe regni ſucceſſione, quòd ipſe ſe expreſsè ad votum paternum implendum adſtrinxit; quod probant ex litera ibi: *Et id aſſumpto crucis ſignaculo te ſine dilatione adimpleturum eſſe promiſiſti.* Et iterum: *Ne ſi onus tibi à patre iniunctum,& à te ſponte ſuſceptum.* Et iterum: *Debitum acceptæ crucis exſoluens, propoſitum iter accipias.*

Innocentius, & eum ſecutus Emanuel Coſta vbi ſuprà, tenent regnum hæreditarium eſſe, ob idque nihil perſpiciendam eſſe obligationem filij, qui etiamſi voto non ſe adſtrinxiſſet, ire tamen Hieroſolymam in manu forti teneretur; quòd, vt ipſi dicunt, regnum hæreditas ſit, & hæreditariis legibus alioqui non antiquatis ſubiaceat: hanc autem aiunt non eſſe antiquatam, neque de medio ablatam.

Hi ferè ſunt ſenſus *ad dict.cap. licet*, qui proculdubio bifariam diuiduntur; qui enim priuationem regni ad obligationem filij referunt, ferè in eo ſenſu ſunt, vt regnum hæreditarium eſſe,aut deferri iure hæreditario negent; tunc enim quia filius regnum accipiens nihil ex eorum ſententia recipiebat à patre, in nihilo quoque ad votum obligatus erat paternum; ideò autem, quia ſe ad-

 ſtrinxit

strinxit libens ac volens, compellitur ire Hierosolymam in manu armata: quod si regnum hæreditarium esset, ex horum sententia non esset necessaria propria filij obligatio, qui satis ex ipsa recepta hæreditate obligaretur: simile aiunt de maioratu, quem pater non instituit, vt filius non adimplens voluntatem patris non possit priuari eo maioratu, quem filius iure sanguinis ab institutore accipit, non à parente. Ioannes Cirier *de primogenio lib.3. quæst.6.* Palacios Rubios *in repet. cap. per vestras, folio* 83. *num.*42. Carolus Molineus *vbi suprà*, & Guillelmus Benedictus vbi suprà, *dict. verb. si absque liberis moreretur, el* 2. *num.*216. & ita ex hac interpretatione tenet Molina *vbi suprà, n.*4. Denique ex eo, quod filius propria voluntate se obligauit & adstrinxit ad voti pij adimplementum, arbitrantur regnum non delatum esse iure hæreditario; quia si iure hæreditario deferretur, nulla talis obligatio filij esset necessaria, neque proposita: quæ interpretatio optimè priuationem regni deducit ex obligatione propria; perperam tamen ex eo in proposita specie dicti capitis *licèt*, arbitratur regnum non deferri iure hæreditario, quasi aliàs non sit necessaria obligatio filij, si regnum vti hæreditas deferretur; patebit enim regnum delatum etiamsi sit iure hæreditario, quod suprà probauimus, necessariam adhuc fuisse obligationem filij, vt ad implendum votum parentis compelli posset, ita vt non sufficiat in proposita specie dicti capitis *licèt*, regnum esse hæreditarium, & filium Regem in regno quoque hæredem, vt compelli possit ad exequendum votum patris, nisi particulari obligatione filius seipsum ad id adstrinxerit.

Qui autem regnum hæreditarium esse contendunt, nihil faciunt ad obligationem filij, quasi ea necessaria non sit, cùm filius hæres satis hæreditatem ingressus, actiones omnes pro ipso accipiat, & contra ipsum patiatur; quod tenent Innocentius & Emanuel Costa. Denique qui has cruces effugere conati sunt, ad fauorem piæ causæ occurrunt: omitto communem sententiam, quæ cùm regnum hæreditarium esse dicat, in regno legitimas portiones esse conatur, quas tamen amittant filij propter rationem indiuiduam; quæ in successione regni reperitur. Quæ communis opinio, & recepta sententia de obligatione illa filij nihil curauit; quem satis ex eo obligatum esse existimauit, quia hæres in regno hæreditario, tanquam in hæreditate accepta reperiebatur.

Ego autem sic constituo, regnum Vngariæ hæreditario iure deferri, & filium Regem hæredem extitisse parenti in regno hæreditario, quod communi sententiâ receptum est *in dict. cap. licet*, ex recepta interpretatione, & patet ex litera textus *in dict. cap. licèt*: tum etiam constituo necessariam adhuc fuisse Regis filij obligationem, vt ad exequendum votum emissum à parente compelli posset; & iustissimè *in dict. cap. licet*, Summum Pontificem expendisse obligationem filij Regis, etiamsi hæres esset, quia sine voluntaria illa obligatione filij, quantumvis hæredis, ire Hierosolymam nunquam compelleretur: vnde cessant considerationes illæ ex obligatione personali, quia obligatio illa personalis non ademit qualitatem hæredis; rursumque etiamsi filium hæredem fateamur parenti in regno, adhuc necessaria fuit obligatio, neque solæ hæreditariæ actiones compellere poterant filium, vt votum parentis

rentis adimpleret. Nota enim est distinctio in illa quæstione, an hæres teneatur adimplere vota testatoris sui, quæ distinguit inter votum reale & votum personale: vota realia sunt quæ pendent quoad implementum ex bonis & rebus testatoris, quale est si testator vouerit se Ecclesiam ædificaturum, aut centum expensurum charitatis, & pietatis causâ, quia hæres qui debita soluit, vota quoque hæc realia omnino adimplet, & ex eo solùm compellitur, quod hæres sit eius qui vouerit; aliud autem est votum personale, quale votum continentiæ, vel ieiunij est; & in eo genere si quis votum voueat adeundi compostellam, vel Hierosolymam, quæ adimplere nequit ipse, non hæres, quia hæres, tenetur, nisi se ad executionem propria voluntate adstringat, siue filius sit, siue alius, nihil distinguimus: notant Panormitanus & reliqui *in dict.cap. licèt*, glossa *in l.2.ff.de pollicitationibus.* Paludanus *in 4. distinct. 38. quæst.3. art.3.* Nauarrus *in Manuali, cap.12. num.56.* qui allegat legem 2. *ff.de pollicitationib.* vbi subdit, quod si testator vouerit votum, partim personale, partim reale, veluti si promiserit adire Compostellam, & ibi mille piè & religiosè expendere, quod hæres mille expendet, Compostellam verò ire minimè compelletur: quod si solùm votum personale expressum sit, nihil verò exprimatur reale, tunc etiamsi quippiam in consequentiam voti personalis accedat reale, cùm accessorium sit ad votum personale, ait in nihilo teneri hæredem: quod explicat in eo qui vouit, & promisit, se religionem ingressurum, vt hæres neque obligatus sit ingredi monasterium, neque monasterio reddere quod aliàs ex bonis habiturus erat, si testator ingressus esset, *argument. l. cùm principalis, ff. de regulis iuris, cap.accessorium, de regulis iuris lib.6.* modo quo *in dict.cap.licet*, si Rex Vngariæ vouisset se visitaturum Hierosolymam, quod quidem votum erat personale, necessaria fuit obligatio Regis, eiusdemque filij, quantumvis hæredis: & rectè contenditur regnum Vngariæ esse hæreditarium, & delatum fuisse iure hæreditario, & coactum fuisse filium, eundémque hæredem, ex promissione particulari, quam fecerat; quia aliàs compelli non poterat, & meritò priuatur successione, vt inquit textus *in dict.cap. licèt*, hoc est regno, quia regnum illud hæreditarium totum & solum erat & indiuiduum, licèt hæreditarium: ex quibus cessant omnia, quæ circa dictum caput *licèt*, somniant interpretes; & facit apertè dictum caput *licèt*, pro his quæ diximus, vt regnum sit hæreditarium, & deferatur iure hæreditario; licèt sit indiuiduum, quia nobilior hæreditas est nobilioribus legibus definita, quàm sint reliquæ hæreditates; quæ leges expresè sunt singulæ *in dict. l.2. tit.15. part.2.* in reliquis autem confitendum est admittendas esse cæteras leges, quæ in priuatis hæreditatibus recipiuntur: ex quibus, ni fallor, successor in regno debita soluet,& legata præstabit,& contractus obseruabit; quæ tamen regnum indiuiduum, & permansurum neque diuidant, neque minuant, aut labefactent. Hactenus de debitis: quod à nobis candidè dictum sit veritatem indagantibus, non obstinatè, si quis in aliam sententiam rationem trahere velit.

Ex quibus, ni fallor, absolutum est, maioratus successorem non teneri soluere ea debita, de quibus egimus, quamuis contrarium in regni successore sit recipiendum: quod tamen vt perficiamus, limitabat Dominus Antonius 33

Meneses de Padilla *in dict. §. si de Falcidia*, *num.* 11. in impensa funeris, facta ad sepeliendum mortuum vltimum possessorem, vt successor maioratus soluere teneatur: quod ipse censuit ex ratione, quæ mouit Iureconsultum Pomponium *in l. quod si nulla, ff. de relig. & sumpt. funeris*, quia non possit non videri iniuriâ successoris insepultus & inhumatus mortuus possessor maioratus: idque in feudi successore animaduerterat Matth. de Afflictis *in cap. 1. an agnatus vel filius*, *num.* 15. & licèt Molina *dict. cap.* 10. *num.* 33. teneat contrariam opinionem, non dubium est, quin Matthæus de Afflictis, & Dominus Antonius de Meneses perspexerint dictam legem *quod si nulla*, versari in casu & specie longè alio quàm maioratus; sed tamen doctè & cordatè animaduertunt rationem eius decisionis versari in successore maioratus, sicuti in feudatario, & vxore, vel marito; cumque sit eadem ratio, necessariò fatendum est esse eandem iuris dispositionem; cur enim patietur nouus maioratus possessor antiquum iacere inhumatum, genere sibi coniunctum, de propria familia, cum quo sibi charitatis affectio, & affectionis causa intercedat? Certè Matthæi, & D. Antonij opinio æquitate plenissima videri poterit iudici cordato, & prudenter res intuenti.

34 Secundò limitat & restringit idem Dominus Antonius *in dict. §. si de falcidia*, *num.* 11. prædicta, vt si debita sint contracta pro necessariis alimentis personæ vltimi maioratus possessoris, nouus successor omnino teneatur soluere huiusmodi debita, argumento eorum quæ in Prælato tradit Panormitanus *in cap. ex præsentium, num.* 5. *de pignoribus*, vbi quod successor Prælati tenetur ad debita, quæ mortuus contraxit pro necessariis alimentis: idem Abbas *in cap. si quorundam*, *num.* 2. *de solutionibus*: de quo meritò dubitat Peralta *in dict. §. qui fideicommissam*, *num.* 131. & 132. & restrinxit ad casum particularem. Ego ita interpretor, vt habeat locum in debitis contractis propter alimenta, & contractis ab institutore maioratus, post institutum maioratum, & post nominationem irreuocabilem factam, & traditam etiam possessionem; quo casu nihil videbatur soluendum. Ad quod faciunt quæ attulimus de feudatario, *cap.* 22. *num.* 72. & 73.

35 Tertiò restringit idem Dom. Antonius Meneses in debitis paruis & exiguis, quæ tamen pertineant ad exonerationem conscientiæ & animæ emortui, vt hæc soluere successor teneatur, si aliunde non sit vnde soluantur, idque *in dict. §. si de falcidia*, *num.* 10. ex Gregorio *in l. 4. tit. 15. part. 2. in glos. verbo, Sus deudas*: qui accepit ab Isernia *in cap. vno, an agnatus vel filius*: quæ opinio in opulento maioratu digna quidem est vt recipiatur, & æquitatem habet naturalem, mentibus inscriptam, quæ lege vlla non indiget. Hactenus de expensis propter debita: reliqua breuiter attingemus.

36 De expensis autem litium factis à possessore maioratus, an sibi conseruet possessor qui expendit, optimè Molina *dict. lib.* 1. *cap.* 27. *num.* 10. *cum sequentibus*, vbi distinguit inter lites, quæ contingunt maioratus possessori propter suam duntaxat vtilitatem, de quibus constitutissimum est, siue expensa modica, siue magna sit, sibi fieri: & ex his quæ tradit Bald. *in l. 2. num. 1. Cod. de liberali caus.* & Pinellus *in l. 1. Cod. de bonis mat. part. 2. num.* 68.

Quod si lis perpetuam ipsius maioratus vtilitatem habeat, tunc inter magnam

nam & paruam expenſam diſtinguunt, vt hanc ſibi faciat, illam verò minimè, *arg. text. in l. hactenus*, qui de vſufructuario eſt, *ff. de vſufructu*; ita vt magnæ deducantur ex rebus maioratus, vt expendenti ſatisfiat. Bald. *in auth. excipitur, num. 4. Cod. de bonis quæ lib.* Paul. *in l. fin. §. vbi autem, num. 7. Cod. eod.* Bald. Paul. Ang. Alex. Iaſ. *in l. fin. §. in computatione, num... Cod. de iure deliberandi.* Alexand ad Bartol. *verb. expenſas, in dict. l. 1. Cod. de bonis maternis.* Pinellus *vbi ſuprà, num. 69.* quod quidem prudenter animaduertendum eſſe à iudicibus, qui de ea re cognoſcent, animaduertit Molina *vbi ſuprà num. final. verſic.* quod prudenter. Mihi autem ſemper viſum eſt, admittendam eſſe Vlpiani rationem *in l. 1 ff ad Trebellian. in principio*, vt quamuis expenſæ magnæ ſint, ſi tamen fructus maioratus non vnius anni, ſed totius temporis, quo litigatum eſt, ſufficiant pro his litium expenſis, nihil expectandum eſſe ab eo qui ſuccedit, ſed fructibus eſſe imputandas expenſas; quod multò magis admittendum eſt ſi finita lite fructus perceperit ipſe qui litigauerit, qui ſoli cum præteritis coniuncti ſufficiant his expenſis, argumento dictæ legis 1. ibi, *cùm eſſet æquiſſimum in omnibus fideicommiſſariis hæreditatibus, ſi qua de his bonis iudicia penderent, ex his eos ſubire, in quos ius, fructuſque transferretur.* Æquiſſimum enim eſt, vt qui maioratus maiores fructus percipit, litium alioqui magnarum expenſas faciat, ſi fructus his ſumptibus & expenſis ſufficiant.

Præterea expendit nouus poſſeſſor maioratus nomine cenſuum, penſionum, tributorumque, & omnium onerum realium, quæ ex bonis maioratus ſoluenda ſint, ſiuè menſtrua, ſiue annua, nihil refert, vel etiam ſint diurna; quin & collectas, quæ imponantur perſonis propter res, ſoluit poſſeſſor maioratus, idque ex ea ratione, quam adduximus ad vſufructuarium, ſuprà *cap. 11. num. 45. & ſequentibus, ad numerum 56.* Ex illis enim hæc pendent, & probat poſt antiquiores Carolus Molineus *in conſuetudinibus Pariſienſibus, tit... §. 22. num. 156. & 158.* & poſt eum Pinellus *in l. 1. C. de bonis maternis, part. 2. num. 72.* & poſt hos Aluarus Vazquez *quæſtione iuris emphyt. quæſt. 17. num. 1.* nouiſſimè Molin. *dict. l. 1. cap. 27. num. 28.* Omnia autem quæ de vſufructuario diximus, repetenda hîc ſunt, vt decurſas quoque penſiones ſoluat, quomodo de vſufructuario intellectum eſt; cùm tamen ad hæredes præmortui reuerſus conſeruare ſibi poſſit, quod ab illo fuiſſet exigendum, ſi diutiùs viueret: quod quidem omnes admittunt. 37

Quin & eo nomine expendunt poſſeſſores maioratus, quod ſcilicet propriis ſumptibus & expenſis reficiunt omnia ea, quæ morientes peiora & deteriora relinquunt, quod à fideicommiſſis ad poſſeſſores maioratus deducunt noſtri *ex l. mulier, §. ſi hæres, verſic. ſed enim*, ibi, *culpa planè rationem reddere: ff. ad Trebel.* per quem text. Bald. *in l. filium quem habentem, num. 52. Cod. famil. erciſcund.* aſſerit quod hæres reſtiturus per fideicommiſſum, tenetur reddere rationem de damno dato, ſi deterior res facta fuerit, & in poſſeſſore maioratus recipiunt Gregorius Lopez *in l. 7. tit. 9. partit. 6. verb. por ſu culpa*, Peralta *in dict. §. qui fideicommiſſ. num. 42. & 44. ff. de hæredib. inſtit. l. 3.* quod iuridicum & rationabile aſſerit Molin. *vbi ſup. num. 66.* 38

Ex quibus diximus ſuprà *cap. 11. num. 66. & 69.* Prælatos & beneficiatos, quia tenentur de damno, & de his quæ deteriora reperta ſunt, teneri reſarcire 39

damna Ecclesiis suis, ex his, quæ inibi adduximus; ideóque iam tum à Gothis in Prælatis & Episcopis receptum est in Hispania, vt damna resarciant, iuxta veram & legitimam æstimationem factam à taxatoribus & æstimatoribus, quos vt nominent, hodie compelluntur, *l.5. tit.1. in Foro Iuzgo, seu legibus Gothorum. Nos creemos*, inquit Gothus, *que bon consello sera de nostro regno, se nos mandamos por nostra ley, que las cosas de santa yglesia sean guardadas. E porende establecemos en esta ley, que mantenente, que el Obispo for ordenando, que saga escripto de las cosas de la yglesia, presentes cinco homes bonos, e aquellos ante que for fecho el escripto, prouen este escripto con suas maos, e despois de la morte de aquel Obispo, el otro Obispo que for en su logar segundo, aquel escripto demande las cosas de la yglesia, e se alguna cosa fallar iniquada, los herederos del primer Obispo, o aquellos a quien pertenece sua bona del Obispo. E si alguna cosa vendio el otro Obispo, que bien despues le entregue el precio al comprador, e reciba la cosa e todo lo fructo e suas pertenencias sen toda calumnia. E otrosi mandamos esto guardar de los otros sacerdotes, e de los diagonos, e de todos los otros clerigos.* Quod quidem Gothorum ius antiquum occasionem dedit his quæ diximus *dict. capit. 11. dict. num. 66. & 69.* & quæ ibi adduximus ex nostris Hispanis.

40 Bene tamen quærunt nostri, quæ culpa requiratur, an lata, & quæ par dolo videatur; an verò leuis, & quæ ab industrio & diligenti vitari non potuisset; an leuissima, & casui fortuito similis: in quo quidem semper itum ad decisionem Iureconsulti *in l. si seruus legatus*, §. *cùm quid*, *ff. de legat.* 1. & *l. 7. titul. 9. part. 6.* vbi Gregor. *verb. por su culpa*; vt scilicet ex Africani sententia, si vtriusque contrahentis vtilitas versetur, culpa leuis exigatur; sin verò alterius duntaxat, dolus malus tantummodo præstetur: ideoque in eo qui restituturus est fideicommissum ex testamento, si nullam vtilitatem percipiat ex testamento in exactione fideicommissi, dolum duntaxat præstat, alioqui si commodum percipit, ex leui culpa tenetur; idque generale est in contractibus & vltimis dispositionibus, & est ab omnibus receptum *in dict. l. mulier*, §. *si hæres*: à qua, vt inquit Molina *vbi suprà*, *num.* 4. nemo vnquam discrepauit; cuius quidem rationem ipse reddit, qui cum Alexandro *in dict.* §. *si hæres*, & cum Petro Peralta *in dict.* §. *qui fideicommissam*, *num.* 45. in hærede grauato per fideicommissum restituere fideicommissario, detractâ quartâ, hoc est, quando quarta detrahitur iudicio testatoris, non solius legis beneficio, existimat hunc hæredem restituturum hoc pacto detractâ quartâ, testatoris iudicio teneri solum de lata culpa & dolo, non verò de leui culpa; quia, inquiunt ipsi, quod quamuis hæres percipiat quartam iudicio testatoris, vnde testamentum videri poterat institutum in commodum vtriusque, quo casu *ex dict. l. si seruus*, §. *cùm quid*, videbatur præstanda leuis culpa; adhuc tamen quia hoc commodum exiguum est respectu eius commodi, quod fideicommissarius percipit ex testamento, dispositionem illam videri factam gratiâ solius fideicommissarij, vt adhuc de lata culpa teneatur: quæ ratio certè paruæ vel magnæ vtilitatis non mutat, nec variat Africani decisionem *in dict.* §. *cùm quid*, ob idque melior est decisio Angeli & Raphaëlis *in dict.* §. *si hæres*, vt culpa leuis præstetur ab hoc hærede, qui ex causa fideicommissi restituit, detractâ

tractâ quartâ iudicio teſtatoris: verè enim diſpoſitio illa, quâ hæres reſtituit detracta aut retenta quarta iudicio teſtatoris, non poteſt non videri facta in vtilitatem & commodum vtriuſque, ſcilicet teſtatoris & fideicommiſſarij & hæredis, alioqui Africanus, qui magnæ & paruæ quantitatis, aut rei rationem nullam habuit, veram ſuæ deciſionis rationem omiſiſſe meritò videri poterat, quem ego inter cæteros Iureconſultos ſubtilem, elegantem, acutúmque, verámque iuris rationem aſſecutum, tum ex his quæ à maioribus meis accepi, tum ex his quæ ipſe animaduerti, ſemper reperi, quem doctiſſimè & elegantiſſimè Iacobus Cuiacius interpretandum his diebus ſuſcepit, & perfecit, qua laude duos Iureconſultos ſui temporis verè principes decuit.

Ex quibus modò quod attinet ad maioratus poſſeſſorem, Petrus Peralta *dict. num.*45. *d.* §. *qui fideicommiſſum*, ex eo, quod maioratus poſſeſſor nihil retinebat, & in reſtitutione neque detrahebat quartam, exiſtimabat teneri de lata culpa, de dolo, non de levi, ſecutus deciſionem Africani; ſed ex eadem deciſione *in dict.* §. *cùm quid*, contra Petrum Peralta conſtituendum eſt; vterque enim, & poſſeſſor, & ſucceſſor maioratus iudicio eiuſdem inſtitutoris fructus eoſdem percipit; vnde inſtitutio illa maioratus vtriuſque commodum & vtilitatem continet; eadem enim vtilitas vtrique eſt, quæ futura eſt milleſimo poſſeſſori. Ex qua ratione de levi culpa tenebuntur omnes in reſtitutione, ſi deterius contingat quippiam in rebus maioratus ipſorum levi, vel lata culpa, aut dolo; ſecuri tamen erunt propter leuiſſimam culpam aut caſum fortuitum, atque hæc eſt regula in magnis & paruis expenſis; non enim quantitatem, ſed ius conſideramus; debet enim maioratus poſſeſſor re vti, non abuti, *l. Titius rogatus, ff. ad Trebellianum*: vbi ob bonam fidem & dolum cognoſcendum elegans deciſio eſt, talémque ſe gerere debet circa res maioratus, qualem ſe diligens paterfamilias geſſiſſet, *l. ea igitur, ff. de pignoratitia actione.*

Vnde ex ſylua cædua ſuccidit arbores maioratus poſſeſſor, in quo tamen vſum in cædendo conſuetum non excedat; ex ſylua autem non cædua arbores fructiferas ſi ſuccidat, damnum illatum reficiet, ob eámque rem expendet; quod non ſolùm in maioratus poſſeſſore, ſed in vaſſallo, emphyteuta, fructuario, marito, & aliis receptum eſt, *l. ſed ſi grandis, ff. de vſufr. l. æquiſſimum,* §. *fructuarius, ff. eod. l. diuortio,* § *ſi fundum, ff. ſolut. matrimonio, l.*27. *tit.* 11. *part.*5. Tiraquellus *de retractu conuentionali*, §. 3. *gloſſ.* 1. *num.*23. Iulius Clarus *lib.*4. *ſententiarum*, § *feudum, quæſt.*47. & §. *emphyteuſis, quæſt.*26. in quo tamen conſuetudo patriæ, & natura loci plurimùm poterunt ad euitandam culpam, aut dolum, vt ob hanc cauſam nihil, aut aliquid expendendum ſit maioratus poſſeſſori, quod diximus *cap.*11. *num.*31. *& ſeq.* & tenebat hoc Iaſon *in dict.* §. *ſi fundum, num.*24. & Tiraquellus *vbi ſuprà, gloſ.* 1. *num.* 24. & Molina *lib.*1. *cap.*22. *num.*5.

Si verò maioratus poſſeſſor mutet formam agri, vineæ, horti, lucíve, aut 41 ſyluæ, in nouam formam minùs vtiliter, ſine dubio tenebitur, & ob hanc cauſam expendit, quia ea res ſecuto damno culpam certè vitare non poteſt: cùm verò vtiliter mutat, an compellatur ſuis ſumptibus ad priſtinam formam reducere,

reducere, quod scilicet mutare non licuerit? Teneri respondent, qui aiunt emphyteutæ, vassallo, & reliquis non licere antiquam faciem prædij mutare. Bald. *in l.*1. *num.*11. *C. de iure emphyt.* Iason ibi *num.*99. Cæpola *de seruitutib. rustic. prædior. tit. de montibus*, *num.*10. Pinellus *in l.*1. *C. de bonis mat.* 2. *part. num.*52. à quibus ad maioratus possessorem hæc iuris ratio deriuanda videbatur: quod tenet Molina *vbi suprà*, varius tamen *num.*7. Ego tamen non dubito quod maioratus possessor possit vtiliter, dum tamen vtilitas permansura sit, mutare formam prædij, horti, vineæve, aut luci, aut syluæ, cùm id liceat fructuario: de quo est mihi textus elegantissimus *in l. æquissimum*, §. *etsi fortè in hoc*, *ff. de vsufructu*: de quo latè egimus *d.cap.*11. *num.* 44. *cum sex prioribus*: vbi tamen si receptam sententiam teneas, poteris ad textum respondere, secutum ibi fuisse fructuarium domini voluntatem: in maioratu certè si vtilitas euidens est, & permansura, non est cur mutatio antiquæ formæ denegetur.

42 Expendit etiam maioratus possessor nomine alimentorum: quæ expensarum ratio communis est sibi cum reliquis, qui vel naturâ, vel iure ciuili alere tenentur, in quibus alimentis dotes quoque contineri solent, de quibus recurrendum tibi erit ad nouiores repetentes *in authentica res quæ*, *C. communia de legat.* de alimentis autem latè Ludouicus Molina *in suo tract. de Primongeniis Hispanorum*, *lib.*2. *cap.* 14. 15. *&* 16. vbi latissimè, & nos aliqua attigimus *cap.*2. *&* 4. *isto*; ob hanc enim causam solent maioratus possessores maiores expensas facere, & ad eas quotidie compelluntur, dum sorores maritant, fratres alunt, & instituunt, maioresque disciplinas edocent: & pertinent omnia ad ea quæ expendunt necessariò, quod erat nostrum institutum, & fecimus candidè aliorum scripta fideliter referentes, & cum ingenio si quod nobis est, expendentes.

CAPVT XVII.

De hærede expendente, vel meliorante.

Notabilia ex capite decimoseptimo.

1 *Hæres restituturus hæreditatem, etiam per fideicommissum, meliorationes conseruat suas.*
2 *Onera realia, & tributa an soluat hæres, an verò legatarius.*
3 *Forma est locus excauatus, per quem aqua ducitur.*
4 *Si legatarius solutis tributis & oneribus nullam vtilitatem sit habiturus ex legato, an soluere teneatur: agitur de lege* qui concubinam, §. qui hortos, de legatis 3. *contra communem.*
5 *Non est nouum, legatum esse inutile.*
6 *Quod dicitur, vltimas voluntates adiuuandas, qualiter accipiendum sit.*
7 *An idem recipiendum sit in oneribus priuatis ab homine priuato impositis.*

8 *Onera*

8 *Onera ſequuntur fructus*, & num.9. *qualiter ſint exigenda.*

10 *Hæres facit expenſas & ſumptus neceſſarios, vt legatarius legatum conſequatur.*

11 *Legato vſufructu neceſſarius aditus ad fruendum ab hærede dandus eſt.*

12 *Lex* damnas, §.qui duos, ff.de vſufructu leg. & *lex* ſeruum filij, §.final. ff.de leg.1. *conciliantur.*

13 *Annuus cenſus pecuniarius relictus alicui, comparatur expenſis & ſumptibus hæredis.*

14 *Empto fundo comparari de nouo ſumptibus emptoris debet aditus ad fundum.*

15 *Idem in diuiſione hæreditatis*: & num.16. *de eo cui in diuiſione bonorum contingit ſupremum tabulatum, an habeat aditum per inferiora, contra Iaſonem.*

17 *Pragmaticus & verè practicus quis dicatur.*

18 *Agitur de ea quæſtione, cuius expenſis res adducenda ſit vt tradatur*, & n.19. *vbi legatum peti poſſit.*

20 *Res legata ibi tradenda eſt, vbi eſt relicta*, & num.21. *agitur de lege* cùm ſeruus, ff.de legatis 1. *contra communem interpretationem*, & num.22. *diſtinguuntur tres caſus.*

23 *Si res obligata aut pignori tradita legata ſit, cuius expenſis ſit luenda.*

24 *Agitur de lege* 2.tit.9.partit.6. & *confertur ad legem* ſi res obligata, ff. de legat.1.

25 *Nomine alimentorum quid expendat hæres*, remiſſiuè.

Oſtrum igitur inſtitutum ſecuti, de hærede aliqua quoque ſunt quæ ad expenſas pertinent; namque de meliorationibus factis ſibi conſumpſiſſe videtur, & hæc à nobis abundè dicta ſunt. Aut enim ſcit hæreditatem à ſe reſtituendam, & tunc locus eſt deciſioni Papiniani *in l.domos, cum ſequent.de leg.*1. de qua *cap. proximo* diximus, ſiue illæ meliorationes in ædificiis ſint, ſiue in aliis rebus, ex quibus augmentum accreſcat hæreditati reſtituendæ: neque, vt diximus, tunc locus eſt, neque in reliquis fideicommiſſis, deciſioni legis 46. Tauri, quæ in maioratibus proculdubio recipienda eſt, qui, vt diximus, longè abſunt à fideicommiſſis; quod ſi meliorauerit hæres hæreditatem, ſiue ædificando, ſiue aliter augendo, tunc quoque eas expenſas conſeruat ſibi, quo diximus modo ſuprà *cap.*7. per plures *num.*19.20. & *ſequent.* & eſt textus *in l.ſi à patre vel domino*, §.*fin.* & *l.quod ſi ſumptus*, & *l.planè*, & *l.vtiles*, & *l.hæreditas*, *ff.de petit. hæredit.* cum his, quæ tradidimus ſuprà latiſſimè de diſtinctione expenſarum; & quomodo conſeruentur expendenti; alia autem expendit hæres occaſione hæreditatis, quæ habent particularem iuris rationem, neque poſſunt generalibus regulis contineri, quapropter ſeorſum apponenda ſunt. 1

Et primùm, quod attinet ad tributa, & onera realia, quæ debentur ratione rei legatæ, dubitari ſolet an ad legatarium, an verò ad hæredem onera & tributa pertineant? Legauit teſtator fundum Seianum, ex quo annuos frumenti modios habet reſpublica, quæ toto quinquennio viuente teſtatore 2

 nihil

nihil percepit nomine annuæ pensionis, nec altero, quod insequutum est, quinquennio. An solutio huius temporis ad hæredem, an ad legatarium, an verò ad vtrumque pertineat; an hæres hoc nomine quicquam expendere teneatur. Est enim hæc expensarum causa propter tributa & onera realia in omni tempore & loco, in omnibus personis familiaris, in omni parte iuris reperitur, & habet suam particularem rationem in hærede scripto, de quo modò nobis sermo est. In quo illud obseruandum est, decisionem esse deducendam ex Papiniano *in l. Imperatores, ff. de publicanis & vectigalibus*: qui ait in vectigalibus ipsa prædia, non personas conueniri; & ideò possessores etiam præteriti temporis vectigal soluere debere, eoque exemplo actionem, si ignorauerint, habituros. Textus *in l. fin. Cod. sine censu vel reliq. l. hactenus, ff. de vsufruct. l. inter debitorem, ff. de pactis*, vbi ius fisci idem est, quantum ad onera realia consequenda, quæ possessorem rei sequuntur, quocunque res abeat, latè tradidimus suprà *cap.* 11. *num.* 45. *& sequent.* Vnde in hac nostra proposita specie legatarius, ad quem res censualis & tributaria peruenit, soluet tributa, etiam præterita totius temporis; quia possessor repertus est prædij, in quem iura actionem in effectu dirigunt, propter ipsum prædium; & ita in aliis possessoribus sæpiùs resoluimus, vt ipsi omnino teneantur, & conueniri possint etiam ob præteritas pensitationes, nisi res ipsas relinquere velint; idque in Episcopis, Beneficiatis, successoribus maioratus, fructuariis, colonis, conductoribus, emphyteutis, atque adeò in reliquis omnibus, quicumque ij sint, qui res possident vectigales: in qua tamen specie videtur pugnare ex diametro Paulus *in l. idem Iulianus*, 41. *§. hæres, de legat.* 1. qui onera illa præteriti temporis, non legatario, sed hæredi soluenda esse ait. *Hæres*, inquit, *cogitur legati prædij soluere vectigal præteritum, vel tributum, vel salarium, vel cloacarium, vel pro aquæductu & forma.* Vbi verbum illud, *forma*, est ductus aquæ
3 excauatus in terra, vel parietibus, aut aggeribus obductus, quà perducitur aqua, estque verbum Iureconsultis agnitum, quo sæpiùs vtuntur Scriptores *in l. quo minùs, ff. de fluminib.* Accursius *in dict. §. hæres, verbo præteritum*, isque receptus, ex his quæ latè tradidimus *dict. cap. vndecimo*, & intelligit Paulum, vt hæres cogatur legati prædij soluere vectigal, scilicet legatario; quasi innuat, legatarium fisco teneri, quasi possessorem; hæredem verò legatario, qui tributa soluerit, & est bona & recepta interpretatio, vt regula omnino desumenda sit *ex dict. l. Imperatores.* Facit optimus textus *in l. cùm possessor, §. final. ff. de censibus*, vbi adeo possessor prædij tributarij tenetur, vt excussio reiiciatur pro pecunia tributi (inquit Paulus) quod sua die non est redditum; quinimò ne prædium iure pignoris distrahatur, oblata moratoria cautio non admittitur, neque audietur legatarius contradicens ob tributa præteriti temporis, quod hæres soluendo sit, & is qui tributis recipiendis præpositus fuerat: allegat etiam Accursius legem *qui concubinam, §. qui hortos, ff. de legat.* 3. qui tamen textus longè aliud agit.

4 Solent enim communiter *ex dict. §. qui hortos*, Scribentes restringere decisionem dicti §. *hæres*, vt scilicet legatarius teneatur soluere tributa pro rata temporis eius, qui tributarium prædium possidet, alia verò tributa præteriti temporis antequam possessionem adeptus est, consequatur ab hærede, iuxta verum

verum intellectum *ad dict.§.hæres*, & quæ tradit glos. & post eam Bartolus *in l.quæro, ff.de vsufruct. legat.* vbi dicit hanc verissimam resolutionem, scilicet si legatarius aliquam vtilitatem percipiat ex legato, soluto tributo; namque si solutio tributi, & oneris vtile faciat legatum, tunc quidem existimant limitandam decisionem dicti §. *hæres*, ex §.*qui hortos*, vt solutio tributi & oneris, quæ inutile faciat legatum, ad hæredem pertineat, eóque nomine hæres expendere teneatur, idque vt legatum in aliquo vtilitatem habere videatur; idémque recipiunt in donatione rei tributariæ. Authores sunt Accursius *in l.si si pendentes, verb. pertinebunt*, §. *si quid, ff. de vsufructu.* Bartolus *in l.penultima, §.final.ff. de legat.* 3. Alexand. qui Cinum refert, *in l. apud Iulianum*, §.*si quis, ff. de vsufruct.* Bartol. *in l.penultim.* §. *fin. ff.de legat.* 1. Roman. *dict. consil.*230. Aretinus *in l.fructus, ff.soluto matrimonio, ad fin.* & ibi Iason *num.*18. idem *in dict.§. hæres, num.* 8. Molineus *in consuetudinibus Parisiensibus*, §.22. *tit.*1. *num.*156. Tiraquellus *de retractu lignagier*, §. 15.*glos.* 1.*num.* 16. Pinel. *de bonis matern.part.*2. *lib.*2. *num.*72. Angelus tamen contrà sentiebat *in l. eum ad quem, in fin. Cod. be vsufructu*; neque tamen omninò huic sententiæ assentiebat Alexand. *in dict.§.si quis*, cum Bartolo *in dict.§.fin.* Recepta tamen sententia, quæ desumpta est ex dicto §.*qui hortos*, communis est, vt tributa hæres, non legatarius soluat, si legatum vtilitatem nullam habiturum sit, soluto tributo: putant igitur authores huius opinionis in specie dicti §. *qui hortos*, eos hortos fuisse tributarios, qui tamen decipiuntur; & Albericus tenet eos hortos non fuisse tributarios: idem Fulgosius tenebat *in dict.l. si pendentes*; ibi enim legauit testator fructus hortorum, quos ad quinquennium à republica conduxerat; respondétque Iureconsultus hæredem passurum legatarium vti frui, & mercedem rei publicæ præstaturum. Ratio ea est, quia cùm fructus sint legati, lucratíve, videri debent legati, non verò onerosè, solutâ iustâ mercede conductionis à legatario, quia si mercedem solueret legatarius pro fructibus, fructus non possent videri relicti, sed anceps & dubia conditio conductionis, contra vim verborum, quibus conceptum est legatum, ibi, *eorum hortorum fructus vsque ad lustrum, quo conducti essent, Aufidio legauerat.* Et ita communis & recepta sententia, quæ intelligit dictum §.*qui hortos*, in tributis, & hortis tributariis, falsa est, vt patet ad literam: tum etiam ibi merces soluitur ab hærede, quia fructus sunt legati, & debentur; debétque legatos fructus legatarius liberè consequi, postquam liberè sunt relicti. Contrà autem euenisset, si legatarius mercedem, & pensionem solueret; magis enim videretur emisse, aut suâ pecuniâ conduxisse, quàm ex causa legati accepisse. Vnde ea limitatio *ad dict.* §. *hæres*, sustineri non potest, legatariusque, cui prædium fuerit relictum, à testatore tributarium prædium duntaxat consequetur, tributáque soluet, etiamsi ex hac causa legatum inutile futurum sit; quia quod à testatore relictum sit, consequi debet legatarius, nihilque amplius. Textus elegans *in l. si à substituto*, §.*hæres, ff.de legat.* 1. ibi, *si verò certus homo* 5
legatus est, inquit Caius, *talis dari debet, qualis est: l.seruo legato*, §.*si fundus, ff. eod. Si fundus, qui legatus est* (inquit idem) *seruitutem debeat impositam, qualis est, dari debet: l. legatum. ff. eod. Legatum* (inquit Vlpianus) *ita erat: Quæ Lucius Titius mihi debet, hæres meus Cornelio dare damnas esto. Nihil*

amplius ex hoc legato, quàm actiones suas hæres præstare debet. Ad quem textum vide latè quæ diximus suprà *cap.* 4. *num.* 34. *&* 35. *& sequent.* & *capite vigesimo, num.* 33. vbi de augmento legati, & diminutione egimus: *l. si legati serui, ff. eod. Si legati serui* (inquit Pomponius Iureconsultus) *nomine stipuletur legatarius, fugitiuum eum non esse præstari, nihil veniet in eam stipulationem; quia qualis est, talis ex testamento præstari debet: id enim animaduertendum est, quod reliquerit testator, nec damnum facere in legato videtur*: *l. apud Iulianum*, § *idem Iulianus, ff. eod.* vbi Paulus ex Iuliani sententia scriptum reliquit, vt si testator leget alicui fundum, quem emerat, sed qui nondum traditus sit, hæredem eò vsque teneri, vt cogi possit actionem ex empto præstare; suis autem sumptibus & expensis non tenetur liberare fundum, liberúmque legatario tradere: quia legata re à testatore, ad quem ius duntaxat habeat testator, ius illud relictum censetur: quod si illud ius morte testatoris finiatur, adhuc solum illud legatum & relictum intelligitur, nihilque amplius. Quo casu omnino inutile legatum est: textus elegans *in l. vxor patrui, Cod. de legatis*, vbi id agnoscunt Bart. Alex. & alij post Accursium, & antiquiores, *l. quod in rerum*, §. 1. *ff. de legatis* 1. vbi quod si legetur quod in rerum natura futurum non erat tempore cedentis legati mortuo testatore, si legetur inutile, veluti si vsumfructum habeam, eúmque legauerim, ni postea proprietatem eius nactus sim, inutile legatum esse ait Pomponius vetus Iureconsultus: vnde communis & recepta sententia reiicitur, quæ nullum habeat ius pro se, habeat autem authoritatem plurium Iureconsultorum, & iuris fundamenta, quibus omnino destruitur. Vnde ea omnia quæ passim circumferuntur, scilicet vltimas dispositiones esse coadiuuandas, & latissimè esse interpretandas, quia fauorabiliores
6 sint, cum iudicio ita accipies, dummodo adsint verba quæ extensiones illas obseruata proprietate suadeant, perspecto iure, cognita re, & intellecta propria vocis significatione, quâ vltima voluntas concepta est, aliàs licebit cuique ex fauore illo ius & iustitiam violare, verba extorquere in alienum sensum, & confusa totius iuris ratione contra testatoris voluntatem eius dispositionem protrahere; quod passim faciunt imperiti, quibus si obsistere velis, protinus obtundunt, dispositiones vltimas esse quamlatissimè extrahendas, ignari quàm longè illa extensio patere possit.

7 Hæc autem omnia accipienda sunt in tributis & oneribus publicis ex lege inductis, vel ex authoritate Principis, vt sæpiùs diximus: aliud autem obseruandum est in pensionibus impositis, & constitutis ab homine, vt si Titius vendiderit annuos redditus sibi soluendos, pro quibus velit fundum Seianum suppositum in subsidium obligationis personalis; legato fundo Seiano non est eundum ad legatarium, sed prius cum hærede obligatione personali hæreditaria obligato agendum est; actio enim illa personalis prima penes hæredem est, neque eius personam egreditur, *l. fin.* §. *fin. ff. de contrahenda emptione*: notat Paulus *in l. in venditione, ff. de contrahenda emptione*, Iason *in l. 2. num.* 150. *&* 154. *Cod. de iure emphyteut.* Albericus *in dict.* §. *qui hortos.* Romanus *in dict. l. Imperatores, ad finem, ff. de publican.* Quomodo autem, & quantum pro annuis redditibus prædia sint obligata, & quando, & quo casu locus sit excussioni, & quando demonstratiuè, aut conditionaliter apponatur locus & tempus,

pus, vnde annuus redditus ſoluatur, latè diximus ſuprà *capite quarto*, *à n.32. vſque ad numerum* 50. cùm de conſtitutione alimentorum tractauimus: ex quibus videbis quàm verum ſit quod tradit Bart. *in dict.§.hæres*, & Paulus *ibi*, qui effectum illum diſtributi oneris inter hæredem & legatarium tribuunt hypothecæ & obligationi, quâ affecta ſunt prædia tributaria; quæ ſi indiſtinctè vera eſſet, efficeret certè, vt in aliis oneribus ex diſpoſitione hominis debitis & conſtitutis, putà ex venditione, vel donatione, vel legato, hypotheca, quæ frequentiùs reperitur, faceret, vt ad poſſeſſorem rectà iretur, omiſſo eo qui obligatione perſonali tenetur; quod tamen indiſtinctè non probauimus *dict.cap.*4. vnde indiſtinctè ad hypothecam non eſt referendum; cúmque hypothecam ſubeſſe in his prædiis tributariis fateamur, vt ſæpiùs *dict.cap.*11. diximus, tributa hæc & onera publica fructus ſequuntur, in eóſque rectà abeunt, qui fructus percipiunt, *l.nam ſtipendium*, *ff.de impenſ.in rebus dotalib. factis*, *l.ſi pendentes*, *§.ſi quid cloacarij*, *ff. de vſufruct.* Itaque vtrumque efficit, vt & rem, & eum qui fructus percepit, conueniamus; nam dum rei poſſeſſorem ſequimur, is fructuum perceptorem conuocat, quodque à poſſeſſore reſpublica conſequitur, nomine tributi poſſeſſor ab eo ſibi ſeruat, qui fructus eius temporis percepit: diſtingue etiam tributa à collectis, vt diximus *dict. cap.*4. & an pro collectis ſint bona hypothecata, vide Socinum *conſil.*29.

Vnde ex hac ratione, quia ex ratione fructuum perceptorum perſpicitur regula diſtribuendi tributa, dicendum eſt, quod ſi teſtator leget rem tributariam ſub conditione, vel ad diem, pendente die, vel conditione, etiam mortuo teſtatore, quia fructus rei legatæ ad hæredem pertinent, hæres eius temporis quoque perſoluet tributa, & onera: ita tenent Paulus de Caſtro *in dict. §.hæres*, *in principio*, & pendet eius deciſio *ex dict.l.nam ſtipendium*, & *dict. §.ſi quid cloacarij*, qui *num.*2. infert ad quæſtionem, quæ ex his meliùs diluitur, quàm ex his quæ ipſe adducit; quæ parum, aut nihil faciunt ad deciſionem eius quæſtionis. Pone (inquit Paulus) quod in vita defuncti, vel pendente conditione onus publicum fuit indictum prædiis, & ſic ceſſit dies, non tamen venerat dies ſolutionis, iuxta *l.cedere diem*, *ff.de verb. ſign.* Venit autem poſtquam res tributa peruenit ad legatarium; quis ſoluet tributum? ipſe reſpondet hæredem teneri; ego exiſtimo magis teneri poſſeſſorem, qui reperiatur cum re, tempore quo tributum peti poteſt, qui *ex dict.l. Imperatores*, tributa ſoluet; & ſi fructus ab alio eius temporis, putà ab hærede percepti ſunt, ab eo ſibi conſeruabit, quod tributi nomine perſoluerit; & præterea quod pro hac ſententia ſunt iura omnia, quæ adduximus; & ex his fundata ratio legis *defuncta*, *ff. de vſufructu*, magis facit pro noſtra, quàm Pauli ſententia, ſi rectè attendatur: at verò *l.incola*, quam allegat idem Paulus, nihil facit ad propoſitam quæſtionem. Hæc igitur ſunt, quæ expendit hæres nomine tributi, & oneris publici, quæ aliàs videbatur expenſurus legatarius *ex dict.l. Imperatores*, *cum dict. §. hæres.* ex vera expoſitione *ad dictum §. qui hortos*, & pertinebant ad noſtram hanc expenſarum tractationem.

8 (margin, beside "Vnde ex hac ratione")

9 (margin, beside "tur cum re, tempore quo")

10 Expendit etiam hæres alio expenſarum genere, quia ſumptus neceſſarios vt legatarius conſequatur legatum, facit, eoque nomine expendit, ſumptuſque de ſuo facit: quâ de re ſunt Accurſij duo loca optima *in l.quæro*, *ff.de vſufructu*

fructu legat. verb. pertinere, in medio, & *in l. his verbis*, 100. §. *vltimo*, *ff. de leg.3. verb. danda*, quibus ipse constituit & optimè, anteriores temporis expensas, vt legatarius rem legatam consequatur, ad hæredem pertinere; posteriores verò, postquam legatarius rem possidet, ad legatarium. De prioribus est textus egregius *in l. his verbis*, *§. final. ff. de legat.3. Idem testator*, inquit Scæuola, *liberto militiam his verbis legauit: Sejo liberto meo militiam do, lego illam militiam quam testator habuit. Quæsitum est, an omnia onera & introitus militiæ ab hærede sint danda? Respondi danda; qui enim rem legat, necessariò videtur legasse quæ sunt necessaria ad legatum consequendum & obtinendum.* Textus *in l.1. §.1. ff. si vsusfructus petatur*; qui textus est elegans; neque enim negandum est legatario, quod ex propria vocis significatione & acceptione nomine rei legatæ continetur; legato enim vsufructu à testatore eos sumptus testator videtur iniecisse hæredi, sine quibus vti legatarius non posset, ibi *in dict.*
11 §.1. *Sed & an alias vtilitates & seruitutes ei hæres præstare debeat, putà luminum & aquarum; an verò non? Et puto eas solas præstare compellendum, sine quibus omnino vti non potest, sed si cum aliquo incommodo vtatur, non esse præstandas.* Hæc Vlpianus, vnde si vsusfructus legatus sit, ad quem aditus non est nisi per prædium hæreditarium, ex testamento agendo legatarius consequetur, vt vsusfructus cum aditu præstetur, quia aliter vti non potest, neque legatum consequi, *dict.* §. 1. qui est pro Accursio, vt anteriores sumptus, & onera ad hæredem; posteriores verò, quæ rem legatam sequuntur, pertineant ad legatarium; & hæc veniunt non extensione aliqua, neque iuris interpretatione fauorabili, sed propria vocis significatione, quâ legatum conceptum est, adeo vt si testator legasset prædium illud, per quod via ad vsumfructum est, legatarius prædij, non hæres iter aut viam præstare teneretur, quia id in legato continetur, *l. damnas*, §. *qui duos.*, *ff. de vsufructu legato*, ibi: *Respondi, quemadmodum si in hæreditate esset fundus, per quem fructuario posset præstari via secundum voluntatem defuncti, videretur id exigere ab hærede; ita & in hac specie non aliter concedendum esse legatario fundum vendicare, nisi prius transeundi ius vsufructuario præstet, vt hæc forma in agris seruetur, quæ viuo testatore obtinuerit, siue donec vsusfructus permanet, siue dum ad suam proprietatem redierit.* Hæc Marcellus. Expendenda verba sunt illa, *secundùm voluntatem*: qua in re illud obseruandum est, legatarium, cui vsusfructus legatus est, non posse agere aduersus alterum legatarium, cui fundus est relictus, per quem via præstanda est; sed aget aduersus hæredem: nam ei ab altero legatario nihil est relictum; tenetur autem hæres, & conuenitur qui agit aduersùm legatarium, vt viam præstet; redemptamque & constitutam viam tradit vsufructuario, vt vtatur & fruatur, idque liberè, nihiloque dato consequitur hæ-
12 res. Ita tenet Accursius *in l. seruum filij*, 46. §. *fin. ff. de legat.1.* & Bart. Paulus, & reliqui, qui ratione interpretantur dictum §. finalem, vt quadret cum dicto §. *qui duos*; alias enim ex diametro pugnare videntur. *Si duos* (inquit Paulus) *fundos habens testator, alterius mihi vsumfructum, alterum Titio leget, aditum mihi legatarius non debebit, sed hæres cogetur redimere aditum & præstare.* Expende verbum illud, *aditum mihi legatarius non debebit*, à quo scilicet mihi nihil relictum est; ideò nulla mihi actione tenetur, sed hæres tenetur, qui

secundùm

ecundùm voluntatem testatoris *ex dict.* §.*qui duos*, à legatario aditum redimet, id est vendicabit, sine pretio, sine pecunia, nihiloque dato, & mihi, præstabit; & est optima conciliatio, quam sine contradictore agnoscunt Interpretes, eóque omnia vergunt, & pertinent, vt anteriores expensas & sumptus teneatur facere hæres, vt legatarius obtineat legatum: agit eo nomine hæres suis sumptibus, & expensis cum legatario, vt aditus expeditè, & liberè sine sumptu & expensa præstetur vsufructuario, quia expensæ sunt anteriores, quæ præcedunt traditionem legati: facit vulgata ratio legis 2. *ff. de iurisdictione omnium iudicum*, & egregia decisio legis *Diuus*, *ff. de vsu & habitatione*: ex quibus iuribus sic constituendum est, expensas, & sumptus præcedentes ad consecutionem legati, ad hæredem pertinere. Ex quibus iam semel ex facto agitatum est, vt annua præstatio, & annui census pecuniatij alieni relicti, expediantur sumptibus hæredis, quod rationem habet. Ex hoc iuris fundamento quoque, quem redimi testator voluit, cùm apud Turcas esset, proculdubio expensis & sumptibus hæredis redimendus est; præcedunt enim hæ expensæ legatum, vnde ad hæredem pertinent, & sunt quotidiana, & pendent *ex dict. l. his verbis*, §. *fin. ff. de leg.* 3. facit lex *testatrix*, *ff. si seruitus vendicetur.* 13

Habent hæc locum in vltima dispositione, in qua voluntas testatoris ea intelligitur; in contractibus verò secus est, quia vendito fundo comparari de nouo oportet ab emptore viam, aut iter, si velit ingredi, egredíve, nisi expressè aliud actum sit, *l. in venditione, de contrahenda emptione*, Iason post Bartol. & alios, quos ipse allegat, *in l. seruum filij*, §. *si statuliberum*, *ff. de legat.* 1. Idemque in venditione hæreditatis, hoc est in diuisione hæreditatis; diuisio enim hæc venditio est, *l.* 1. *Cod. vtriusque iudicij communia*: de hoc est textus *in l. via constitui*, §. *fin.* vbi Bartol. *ff. de seruitutibus rusticorum prædiorum:* vnde dicunt Doctores, quod si tres habeant vnam eandémque domum, quæ tria solaria habeat, infimum, medium, & supremum, & cuique in diuisione suum solarium contingat, quod supremi solarij habitator non poterit descendere, neque adscendere per medium; neque qui medium obtinuit, per infimum, quia scilicet in contractibus illa omnia non habent locum quæ diximus de aditu præstando. Refert Iason *vbi suprà*; quod quidem forensis vsus vix admitteret, nec practicus in eam sententiam vnquam adduceretur, qui proculdubio nunquam induceretur vt crederet, ita diuisionem ædium factam fuisse, vt alius alarum egenus, qui volare nunquam didicisset, tanquam in nido in supremo solario manere voluisset: voco practicum, non circumforaneum Aduocatum, merumque pragmaticum, qui quæstui deditus, rudis & ignaui vulgi, imperitissimæque plebis auram venatur, qui sæpe magno pretio emptus, importunaque prece solicitatus, meras nugas respondet, veri iuris ignarus, eius duntaxat memor, quod aliquando in forum fortè per errorem irrepsit. Voco autem pragmaticum qui iuris scientiam veri profitetur, qui his iuris regulis negotiorum veras circumstantias, varietates, vicesque cordatè expendit, & vtrumque conferendo veram iuris & fori praxim adeptus est. Hic verè pragmaticus est, quem non dubito reiecturum illam Iasonis, & eorum, quos ipse sequitur, decisionem; tale enim illud negotium est, vt vix intelligi

Margin numbers: 14, 15, 16, 17

intelligi possit, diuisionem eam factam fuisse, vt in supremo tabulato alius remaneret sine aditu, ascensu, vel descensu; ipsa enim circumstantia rei, quam verè pragmaticus cum bono & æquo iure coniunget, & conferet, faciet vt à mero scholastico figmento recedat; hæc enim illa fori experientia est, quæ dicitur rerum magistra, §. *penultim. Instit. de satisdationibus*, quæ scilicet iuri constituto res forenses, earumque causas, hisque vera & bene intellecta Iureconsultorum responsa adaptat, & vtriusque quandam symmetriam, & consonantiam facit, prudens, cautus, perspicax, & in vtraque re circumspectus: talésque ego semper probare pragmaticos sum solitus: hos Aduocatos appello, hos Patronorum nomine condignos iudico; alios, qui alteram iuris partem à se reiecerunt, exemplaque rerum sententiis compositarum duntaxat secutos, rabulas, nebulonesque existimo, importunissimum hominum genus, qui cùm nihil norunt, tamen omnium scientissimi sibi videntur, eaque vna re nimium sibi placent, quâ vnâ doctis & egregiè eruditis displicere nimium possunt.

18 Aliud expensarum genus est, quod hæres facit, de quo latè Bartol. Iason, & Paulus *in l. cùm seruus, ff. de legat.* 1. & Gregorius Lopez *in l. 4. titul. 9. part. 6. verb. que la de*; vbi tradi res legata debeat legatario, cuiusque expensis adducenda sit vt tradatur; neque enim hîc quærimus, vbi peti possit res legata, quod ad forum pertinet, sed vbi tradenda sit legatario, & cuius expensis: quod enim attinet ad forum, vbi legata & fideicommissa peti possint, est lex *vna, Cod. vbi fideicommissum peti oporteat*; fundus enim, vel domus, aut species aliqua legata, siue actione reali vel personali petatur, iuxta legem 2. *Cod. communia de legat.* peti potest in loco vbi res sita est, aut vbi hæres cum laribus fortunas suas habere dicatur; aditio enim hæreditatis, est veluti contractus, creditúrque ibi contraxisse cum legatariis, vbi hæreditatem adiit: item in loco vbi hæreditas est, vel maior hæreditatis pars. Si verò legatur res in genere, ibi tantùm agitur, vbi hæres domicilium habet suum, aut vbi hæreditas vel
19 hæreditatis maior pars est; idque etiam recipiendum est, si quantitas relicta sit, vel res quæ pondere, numero & mensura constet, *l. quod legatur, ff. de iudiciis*: vbi glossa, Bart. & reliqui, *l. fideicommissum*, §. 1. *& penultim. ff. eodem, l. cùm res, ff. de legat.* 1. Antonius Gomez in tomo de vltimis voluntatibus, *c.* 12. *de legat. num. fin.* vbi hæc: *Alterum verò inquirimus, cuius scilicet expensis res*
20 *legata comparanda est, vt legatario tradatur; an hæredis, an verò legatarij? & primum illud constituendum est, rem legatam ibi tradendam esse, vbi legata sit, & relicta.* Textus *in l. cùm res, ff. de legat.* 1. ibi, *primùm quidem constat ibi esse præstandam, vbi relicta est, nisi alibi testator voluerit.*

Hæc Vlpianus, quod idem repetit iterum *vers. sed si id petatur*; vbi distinguit inter speciem legatam, & quantitatem, vt quantitas ibi præstanda sit, vbi petitur, si pondere, numero, & mensura constet, species verò non nisi vbi relicta sit: qui textus est elegans, & facit textus *in l. non amplius, ff. de legat.* 1. *Non ampliùs legatorum nomine*, inquit Pomponius, *ad quemquam pertinere videtur, quàm quod deducto eo quod explendæ conditionis causâ datum superest. Si certum corpus hæres dare damnatus sit, neque fecerit, quo minus vbi id esset, traderetur, si id postea sine dolo & culpa hæredis perierit, deterior fit legatarij conditio.*

ditio: l.ſeruo legato, §.*fin. ff.de leg.* 1. vbi Caius, *Si res, quæ legata eſt* (inquit) *an in rerum natura ſit, dubitetur, fortè ſi dubium ſit, an homo legatus viuat, placuit agi quidem ex teſtamento poſſe, ſed officio iudicis contineri, vt cautio interponeretur, quâ hæres caueret, eam ſe rem perſecuturum; & ſi nactus eſſet, legatario reſtituturum.* Sed tamen cuius ſumptibus ea perſecutio fieri debeat, indicat Africanus *in l. ſi ſeruus legatus*, 111. *ff. eodem. Si ſeruus legatus*, inquit, *viuo teſtatore fugiſſe dicatur, & impensâ & periculo eius, cui legatus fuit, debet reddi, quoniam rem legatam eo loco præſtare hæres debet, in quo à teſtatore ſit relicta.* Facit lex *cùm ſeruus, ff. eodem*, vbi de ſumptibus Paulus ex Africani ſententia quæſtionem decidit his verbis: *Cùm ſeruus legatus in fuga eſt, vel longinquò abſens exigitur, operam præſtare hæres debet, vt eum requirat, & præſtet; & ita* 21 *Iulianus ſcribit: num & ſumptum in hanc rem facere hæres debeat, Africanus libro vigeſimo Epiſtolarum, apud Iulianum quærit, putatque ſumptum præſtandum: quod & ego arbitror ſequendum.* Hæc Paulus, qui tamen in eo quod ait, ſeruum legatum, qui in longinquo ſit, tradendum eſſe expenſis hæredis, proculdubio pugnat *cum dict.l.cùm res*, vbi ſeruus ab hærede in eo loco præſtandus eſt, vbi relictus eſt. Scriptores omnes, quos ex vno Iaſone intueri licebit, id ex eo deciſum putant, quod ſi legatarius in eam rem expenderet, cùm ſeruus in longinquo ſit, inutile redderetur legatum; ideò vt euitent Accurſium *in l.quod legatur, ff.de iudiciis*, intelligunt Pauli reſponſum, ſcilicet hæredis expenſis abſentem ſeruum, & valde remotum eſſe tradendum, non verò legatarij, ne factis expenſis inutile fiat legatum. Denique ſemper inſiſtunt in eo, quod deducebant *ex dict.* §. *qui hortos*, de quo ſuprà iſto capite, *num.*3. *& ſeq.* quæ ratio eſt Bart. & poſt eum Pauli, Baldi, Alexandri, & Aretini, quos refert Iaſon *in dict.l.cùm ſeruus.*

Et licèt hæc ita tradita ſint ab ſcriptoribus ſecurè, mihi tamen viſi ſunt confundere facti ſpecies longè diuerſas, & ſeparatas, perperamque in tene- 22 bris dimicantes Iureconſultis imponunt, quod ab eis dictum nullo vnquam ingenio extorquebunt; aliud enim eſt tradere ſeruum vel equum, aliud perquirere rem legatam, quæ vbi ſit, ignorent hæres & legatarius; aliud ipſam aſportare, & in loco tradere legatario. Cùm enim illud indubitatum ſit, rem legatam tradendam eſſe ibi vbi relicta ſit, *dict. l.cùm res*, proxima dubitatio erat de expenſis faciendis, ſcilicet cùm ſeruus legatus fuiſſet, qui tempore teſtamenti erat Corunæ, ſed viuente teſtatore aufugiſſet Hiſpalim, an reducendus eſſet Corunam expenſis hæredis, an verò legatarij? & Iureconſultus meritò ait reducendum eſſe expenſis legatarij, *in dict. l.ſi ſeruus legatus* 111. quia ſcilicet etiamſi poſt teſtamentum factum, & ante mortem teſtatoris Hiſpalim aufugiſſet, ibi tandem relictus eſt, vbi morte teſtatoris relictus exiſtit; tunc enim teſtamentum iure incipit, & teſtamentum eſſe incipit: quod ſi poſt mortem teſtatoris aufugiſſet, tunc quidem expenſa & ſumptus reductionis ad hæredem pertinerent, quia ibi aſportandus eſſet vt traderetur, vbi relictus fuiſſet. Sequens quæſtio erat, quæ ſubinde oriebatur, ſcilicet ſi homo legatus eſſet, de quo meritò dubitaretur an in rerum natura eſſet, cuius expenſis & ſumptibus perquirendus eſſet homo; & in hac quæſtione reſpondetur, inquiſitionem hanc faciendam ſumptibus hæredis, quia hi ſumptus præcedunt traditionem

Zz legati

legati, ex his quæ superiùs diximus, & decisum est *in d.l. seruo legato, § fin.* Itaque si nescias vbi res legata sit, operâ & diligentiâ, & sumptu hæredis fiet inquisitio rei legatæ, vt tradatur. Iuxta hanc tertiam quæstionem intelligenda est decisio Pauli ex Africano, nempe de sumptibus faciendis ad inquirendum seruum qui est in fuga, aut qui in longinquo; sicuti enim hi duo casus æquiparantur & coniunguntur à Iureconsulto, ita mutuò intelligi debent, vt eandem & facti, & iuris speciem habeant; ita enim accipimus verba illa, *in longinquo,* sicuti illa, *qui in fuga est*: vnde sicuti nescimus seruum, qui in fuga est, in quo loco sit; ita quoque accipiendum est, nescire nos eum qui in longinquo est, vbi sit. Pone esse seruum apud Italos, Gallos, Lusitanos, sed nescire nos, an Romæ, an Conymbræ sit: perquirendus est expensis hæredis, vt præstetur. Itaque Paulus *in dict. l. cùm seruus*, id tantùm decidit, quod decisum erat *in dict. l. seruo legato, §. fin.* scilicet seruum illum, qui absens in longinquo est, vel qui est in fuga, perquirendum esse sumptu, & expensa hæredis, vt præstetur legatario; in alia autem quæstione, scilicet an asportandus sit sumptibus hæredis, vt legatario præstetur, hoc non disputat Paulus, & perperam eius decisionem ad hoc extendunt scriptores nouiores: quæ tamen quæstio deciditur ex priori, scilicet *ex dict. l. cùm res*, vt scilicet ad eum locum asportetur vbi relictus est, aut vbi testator eum esse existimauit, aut vbi erat tempore mortis, vt ibi legatario præstetur, vnde legatarius adducet suis sumptibus; semper enim obseruanda est ratio dictæ legis *cùm res*, vt ibi præstetur vbi relictus est. Neque obstat, si dicas, posse quidem contingere, vt si aliunde è longinquo asporterur expensâ legatarij, posse quidem fieri, vt legatum sit inutile, quia huic rationi satisfecimus suprà *isto capite, ad § qui hortos*, contra communem & receptam ibi sententiam, quæ est eadem cum hac quam recipiunt Interpretes *in dict. l. cùm seruus*: sed vtrobique, quantùm coniector, decipiuntur, neque lege, neque ratione iuuantur, ex his quæ ibi diximus *ad dict. §. qui hortos*, & hæc est Iureconsultorum vera & facilis decisio. Quod si de vtilitate legati esset iudici arbitrium, admissa recepta sententia, tunc quidem maior occasio litibus aperiretur; vt enim vtile, aut inutile legatum dici posset, meritò legati æstimatio, & expensarum quantitas expendenda esset, difficile probationis genus: tum etiam expendendum esset, an quippiam esset reliquum, in quo factis expensis legatum legatario vtile esse posset, iuxta legem *si res obligata, ff. de leg.* 1. ibi, *vel potest aliquid esse superfluum, quod quidem maiores expensas requireret quàm serui asportatio, aut inquisitio.* Restat igitur, vt quod à Iureconsultis rectè & expeditè traditum est, expeditè quoque accipiatur, ne nobis scriptorum perplexitas rem alioquin claram obscuret; Paulus enim *in dict. l. cùm seruus*, solùm id decidit, perquirendum esse seruum qui in longinquo est, expensis hæredis, vt præstetur: quo loco autem præstandus sit, id aliunde decidendum est, scilicet *ex dict. l. cùm res*: hæres enim rectè facier, si seruum suis sumptibus & expensis exquisitum ad eum locum adduxerit, vbi morte testatoris fuerit; inde verò legatarius necessum habet vt asportet, quò ipse voluerit suis expensis & sumptibus: vnde si testator seruum Romæ habeat rebus suis præpositum, qui in Hispania moriatur, quem Titio leget, seruus verò post mortem in Græciam nauigarit; ex his quæ adduximus

adduximus, ſeruus is, qui in longinquo eſt, adducendus eſt Romam & perquirendus ſumptibus hæredis, *ex dict.l.cùm ſeruus.* Cùm verò exquiſierit, & Romæ conſtituerit, tum Titius legatarius ſuis ſumptibus in Hiſpaniam aſportabit: nullumque negotium facit expenſarum quantitas, quia tandem ibi redditur, vbi relictus eſt. Ex quibus omnibus patet ad vnguem deciſio legis 48. *tit.9.part.6.* vbi Gregorius Lopez hæc leuiter attingit.

Alias quoque expenſas facit hæres; ſi enim teſtator legat rem ſuam pignori 23 datam vel obligationi ſuppoſitam, quæſtio apud veteres fuit, an hæres luere teneatur, vt liberam tradat legatario, cui libera videri potuit legata: quod argumentum cum iudicio & diſtinctione tractauit Vlpianus *in l.ſi res obligata* 57. *ff.de legat.*1. In qua re ſuis partibus rem diuidit, vt ſolet reliqua; ea enim vna facti diuiſione perpetua inter cæterorum Iureconſultorum eius reſponſa dignoſcuntur. *Si res obligata*, inquit, *per fideicommiſſum fuerit relicta, ſi quidem ſcit eam teſtator obligatam, ab hærede luenda eſt, niſi ſi alio animo fuerit: ſi neſciat, à fideicommiſſario, niſi ſi vel hanc, vel aliam rem relicturus fuiſſet, ſi ſciſſet obligatam, vel niſi non poteſt aliquid eſſe ſuperfluum exſoluto ære alieno. Quod ſi teſtator eo animo fuit, vt quamquam liberandorum prædiorum onus ad hæredes ſuos pertinere voluerit, non tamen aptè de his liberandis ſenſerit, poterit fideicommiſſarius per doli exceptionem à creditoribus qui hypothecaria ſecum agerent, conſequi, vt actiones ſibi exhibeantur. Quod quanquam ſuo tempore non fecerit, tamen per iuriſdictionem Præſidis prouinciæ id ſibi præſtabitur.* Hactenus Vlpianus, cuius quidem reſponſum clarius eſt ob diſtinctionem, quàm Caij *in l.licet,* 16. *ff. de dote prælegata*, qui indiſtinctè aliud agens dixerat, ab hærede luendam rem pigneratam, contrariumque conſtituebat in legato dotis, niſi teſtator aliud diſpoſuiſſet. Facit lex *prædia*, *Cod. de fideicommiſſis,* vbi diſtinctio admiſſa eſt Vlpiani, ferè per eius verba lex: *Mauius,§.penultimo, ff. de legat.* 2. vbi Papinianus id ipſum argumentum tractat, ſed breuiùs & indiſtinctè. Quæ Iureconſultorum diuerſa conſtituendi ratio, aliis indiſtinctè luendam rem pignoratam ab hærede tradentibus, aliis verò id cum diſtinctione admittentibus, efficit, vt Interpretes variè digladientur in hac ipſa quæſtione, de quo Bartol. Paul. & Iaſon poſt Alexandrum *in dict.l. ſi res obligata*, & poſt eos Antonius Gomez *tomo* 1. *cap.*12. *num.* 39. Verior tamen eſt diſtinctio Vlpiani *in dict. l. ſi res obligata*, quæ hodie eſt approbata lege noſtra Hiſpana, *lib.*11. *tit.*9. *part.*6. vbi ſecutus Vlpiani traditionem conſtituit, rem omnino luendam eſſe hæredi, ſi à teſtatore relicta ſit, ipſeque teſtator ſciuerit rem legatam alteri eſſe traditam pignori, idque in prima parte. *Manda faziendo*, inquit lex, *el teſtador de alguna coſa ſuya que el ſabia que era empeñada, o obligada a otro, por menos de lo que valieſſe, tenudo es el heredero de la quitar de los bienes del finado, e de darla aquel aquien fue manda.* Itaque hoc 24 priori caſu duo requiruntur & neceſſaria ſunt, vt hoc nomine expendat hæres, vnum quod teſtator ſciuerit rem ſuam eſſe pignori traditam, aut obligationi ſuppoſitam; alterum, quod res maioris obligata ſit, quàm ſit vera ipſius æſtimatio: neque lex diſtinguit, quod pignori ſit tradita, vel obligationi ſubiecta. Secunda pars legis tollit omnino ſcientiam, vel ignorantiam teſtatoris, aitque omnino expenſurum hæredem vt luat rem, ſi pro tanto pretio, aut ma-

iori sit obligata, aut pignori tradita, quanta sit vera ipsius rei legatæ æstimatio, siue id rescierit testator, siue ignorauerit, ibi: *Otrosi dezimos, que si tal cosa era empeñada por tanto ò por mas de lo que valiesse, que estonce la deuia quitar el heredero del testador, de los bienes de la herencia, quier sopiesse que tal cosa era empeñada, o no, quando la mandana.* Tertia pars continet casum, scilicet cùm testator legauit rem obligatam aut pignori traditam, quam tamen nesciebat obligationi subiectam, vt tunc expensis & sumptibus legatarij, non hæredis luenda sit, ibi: *Mas si por menor precio de quanto valia jazia tal cosa empeños, si el testador no lo sabia, quando la mando, deue la quitar de lo suyo aquel aquien es fecha la manda.* Hæc tria nostro iure decisa sunt, quæ attigit Vlpianus *in dict. l. si res obligata*, & desumpta sunt ab eo. Illud verò à conditoribus nostrarum legum omissum est, scilicet si coniuncta persona erat legatarius, cui testator omnino illam rem, vel aliam esset relicturus; quod adhuc esse recipiendum non obstante dicta lege 11. asserunt Gregorius Lopez ibi, *verb. La manda*, & Antonius Gomez *vbi suprà, dict. num.* 39. Cæterùm ratio iuris nostri scripti suadet, vt ab eis recedendum sit, nihilque curandum est de eo, quod planè viderunt, aduerterunt, expenderunt nostrarum legum conditores, & consultò reiecerunt, constitutis tribus illis quæstionibus; quoniam illa quæstio, scilicet, an relicturus omnino esset, vel non relicturus, plena erat ambiguitate, & quæ causam præstare posset multiplicandarum litium; ob idque meritò relicta est, nullumque negotium nobis facesset casus ille Hispanis; apud reliquos admittenda illa consideratio est, an relicturus esset testator, vel non relicturus, in quo affectio sanguinis, amicitiæ, consuetudinis, officij, & beneficij vltrò dati, acceptique plurimùm poterunt. In casu verò legis 10. *tit.* 19. *part.* 6. admissa est ratio adiuncti, & agnoscit Molina *de Primog. Hispan. lib.* 1. *c.* 10. *n.* 70. vbi est alius casus, in quo hæres expendit. Vide ibi.

25 Expendit etiam hæres in causa alimentorum, de quibus suprà satis superque egimus, *capite tertio, & quarto, num.* 23. & aliis plurimis, quæ non sunt repetenda, ibi vide; & pertinebant hæc ad hæredis expensas, sumptus & meliorationes, quod nostrum institutum est: scio doctiùs, & elegantiùs tractari posse, sed non omnia possumus omnes.

CAPVT XVIII.

De emptore expendente vel meliorante rem emptam, quantùm expensas & meliorationes suas conseruet.

Notabilia ex capite decimo octauo.

1 *Emptor vendicationem passus obiicit meliorationes factas in re empta aduersus venditorem.*

2 *Hæres*

2 Hæres quoque rei hæreditariæ meliorationes recuperat à cohærede, & num.3. explicatur litera legis si cùm venditor, § final.ff.de euictionibus.

4 Actio ex empto in casu euictionis habet duo capita, & num. 5. quod primum caput habeat respectum ad bonitatem quæ fuit tempore contractus, & num.6. quod alterum caput habeat respectum ad bonitatem quæ fuerit tempore euictæ rei: & num.7. in hoc secundo capite ita demùm teneri venditorem, si emptor à vendicante augmentum factum ex meliorationibus conseruare non possit.

8 Stipulationis duplæ origo, & eius capita, & num.9. explicatur lex ex mille, ff.de euictionibus.

10 Explicatur lex 1. & lex bonitatis, ff.de euictionib. & ponitur ratio dubitationis: & num.11. ratio decisionis.

12 Æquitas nullibi scripta fugienda est: & num.13. explicatur §. in diuisione, contra Molineum.

14 Augmentum, quod sine mea opera contigit, si possideam, mihi non prodest.

15 Rescisso contractu ex causa restitutionis, meliorationes conseruantur: & n.16. in Ecclesia isthuc receptum: & num.17. de expensis factis intra retractus tempora: & num.18. idem receptum in casu legis 2. de rescindend. venditione.

19 Læsio in emptione potest dupliciter contingere: & num. 20. adducuntur iura & rationes contra glossam in l.si quidem, Cod.de prædiis, & aliis rebus minorum: & num.21. læsio quæcunque, etiam minima, sufficit ad impetrandam restitutionem: & num.22. æquatos esse coniuges circa res dotales cum minoribus.

23 Adducuntur rationes Pinelli contra glossam: & num.24. ponitur defensio Baldi: & num. 25. adducitur ratio actionis noxalis pro Baldo: & n.26. adducitur ratio legis 2. Cod.de resc.vend. pro Baldo: & num.27. expenditur lex 56. tit.5.part.5.& num.28. adducitur praxis dictæ legis.

29 Ad sustinendum libellum magis prodest pars quæ iuuat, quàm quæ nocet: & num.30. defenditur Baldus contra Pinellum, Couarr. & D. Antonium Meneses.

31 Ex quacumque vltima dispositione solùm id, quod turpe est, reiicitur: & num. 32. adducitur lex si quis institutus, ff. de condition. institution. & num.33. explicatur litera §.si quis, l.quæ sub conditione, ff. de conditione institutionum.

34 Agitur de lege finali, tit.fin. part.6. & num.35. quomodo Ecclesia restituatur, contra Bernardum Diaz de Lugo: & num.36. quanto tempore Ecclesia audiatur, contra Rodericum Suarez: & num.37. dari 40. annos: & num.38. conciliatur dicta lex finalis cum lege 26. tit.29. partit.3.& n.39. remedium legis 2. Cod. de rescindend. vend. durare Ecclesiæ, Reipublicæ & Principi 30. annos.

40 Baldus magis defenditur ex dict. l.2. & num.41. iudicium restitutionis est stricti iuris: & num.42. in iudiciis stricti iuris non competit actio alternatiua: & num.43. adducitur vtilitas eius quæstionis: & num.44. declaratio ad l.1.Cod.si aduers.vend. & ad l.1.& 2. Cod. de vendend. rebus ad

ciuitat.pertinentib. & num.45.ad l.5.tit.fin. part.6.

46 *De expensis factis in solutione tributorum, an emptor, an venditor teneatur: & de laudemio, & releuio, & gabellis*, numeris 47.48.49.50.51.52. *vbi agitur de opinione Molinei, & de spe restitutionis, quatenus impediat ciuiles effectus.*

53 *An emptor recuperet à venditore actione ex empto hac ipsa tributa*: & n.54. *de lege* 70. *Tauri.*

55 *Agitur de re hypothecata facta meliore, an à creditore conseruentur expensa*: & num.56. 57.58. *explicatur lex cùm postulassem*, §.1. *ff. de damno infecto, & conciliatur cum lege* Paulus, §. domus, ff. de pignoribus: & num.59.60.61.62.63. *agitur de interpretatione nouiorum & antiquorum*: & num.64. *refellitur, & explicatur*, vsque ad num.70.

71 *Agitur de lege* 1. tit.13. part.5. *& an melioratio contineat augmentum*, num.72.73. *vbi* & num.74.& 75. *agitur de meliorationibus factis à creditore, vel à debitore, an & quomodo sint quoque hypothecatæ, & quomodo conseruentur.*

76 *Meliorationes factæ à tertio possessore an sint hypothecatæ creditori.*

77 *Agitur de communi opinione recepta cum Bartolo* in l.2. Cod. de prædiis & omni re nauiculariorum: & n.78.79.80.81.& 82. *variè explicatur.*

83 *Traditur alia opinio Socini, desumpta ex dicta lege* 2. *& ambæ destruuntur ex fundamentis iuris, & vero sensu dictæ legis* 2. Cod. de prædiis, & omni re nauiculariorum.

Iffusum hoc expensarum & meliorationum genus cogit per singulas iuris partes particularem cuiusque sumptus rationem indagare, quæ cùm in aliis obuia sit, in emptore certè est difficilis, & obscura, & quam vnus & item alter, dum aliud agit, tractat, ferè indiscussa relinquitur; breuiter autem hoc sumptuum genus tractabitur, quod dilucidiùs fiet, si per partes distribuatur. Et primùm constat, tunc agendum ab emptore de expensis & meliorationibus esse, cùm res à se petitur, vel exigitur, aut euincitur; tunc enim ipse, vel aduersus eum qui rem vendicat, agit de expensis & meliorationibus, & sumptibus; vel cùm de his nihil egerit, aduersus venditorem reuersus, ab eo omnia exigit, quæ sibi desunt exacta re, pretium, meliorationes, sumptus, & expensas: hoc vltimum attigimus suprà *cap.7. num.*14. *& sequent.ad numerum* 18. vbi latè quando, & quomodo emptor à venditore ad ipsum reuersus, conseruet suas expensas & meliorationes; quæ omnia pertinent ad *l.idque Iulianum, ff. de actionib. empti & venditi*, & *ad l.Titius, vers. de sumptibus, ff. de actionib. empt. & venditi*, vbi quoque expensarum ratio habetur, *l. si controuersia, Cod. de euictionibus*, & *ad l. si fundum, Cod. de euictionib.* Denique summa in hoc est, vt possessor
1 emptor aduersus vendicantem obiiciat meliorationes suas & expensas; si negligat obiicere, aduersus venditorem agere non potest, si non possideat; aut cùm possideat, si conseruare sibi non possit, à vendicante ad venditorem reuersus, ab eo consequetur, quod à vendicante sibi conseruare non potuit; actio enim empti & venditi ad eam quoque speciem extenditur, vt non solùm

solùm pretium contineat, sed omnia quæ sua interest, hoc est rem non fuisse vendicatam, *dict. l. Titius*, & *in l. euicta, ff. de euictionibus.* Denique hæc nobis dicta sunt, quod recipiunt Doctores nostri omnes, etiam in di- 2
uisione bonorum, iudicio familiæ herciscundæ facta. Finge binas ædes relictas in hæreditate Titij, Sempronio & Mæuio, cuique singulas obuenisse, dum hæreditatem diuidunt; facta diuisione euictas esse ædes Mæuio, factas tamen meliores, ob expensas & sumptus: agit aduersus Sempronium cohæredem, clamat ablatas esse sibi ædes hæreditarias, non potuisse se ab eo qui vindicauit, meliorationes suas conseruare, Sempronium cohæredem teneri sibi euictionem passo, saltem ad dimidium, quò non solùm pretium ædium tempore diuisionis factæ adscenderet, sed inspecto præsenti statu, quo meliores ædes factæ reperiuntur. Accursius, atque eum secuti reliqui Interpretes, *in l. si cùm debitor*, §. *fin. ff. de actionib.* vno consensu existimant teneri cohæredem, non solùm de pretio, sed de melioratione, & accessione. Quam sententiam existimant decisam esse à Papiniano *in dict.* §. *final.* ibi, *vt quanti sua interest, actor consequatur*: vbi, vt ingenuè fatear, litera eius textus implicita est, & quæ negotium facessere potest docto, & erudito. Postquam enim Papinianus tradidit actionem dandam esse in hæredem, vt quanti sua interest, actor consequatur, subdit hæc verba: *Scilicet vt melioris, aut deterioris agri facti causa finem pretij quo fuerat tempore diuisionis æstimatus, diminuat, vel excedat.* Illa enim verba sic componenda sunt; quod fecimus pro his, qui vix prima rudi- 3
menta ingressi, statim ad ius ciuile, tanquam ad sutoriam artem confugiunt, aut veriùs, aduolant: scilicet, vt causa, hoc est controuersia, aut veriùs vtilitas agri facti, id est qui factus est melioris, aut deterioris pretij, diminuat, vel excedat finem, id est modum, & quantitatem, quo (supple fine) id est, qua quantitate fuerat æstimatus tempore diuisionis, id est, quo diuisio facta est. Itaque actio danda est in cohæredem ex Papiniani responso, quanti sua intersit, ædes non fuisse vendicatas, ita vt diminuta æstimatione ædium tempore vendicationis, minùs accipiat euictionem passus; adaucta verò magis habeat. Itaque textus ille ad literam probare videtur id, ad quod ab Accursio, & reliquis adducitur, & in proposita specie Sempronium teneri non solùm ad pretium quod fuit tempore diuisionis, sed ad eam quantitatem, quæ erat vera æstimatio ædium euictarum: quia causa ædium, quæ factæ sunt meliores aut deteriores, diminuit, vel excedit finem pretij, id est modum pretij, quo fuerant æstimatæ tempore diuisionis, *ex dict.* §. *diuisione*, & eius litera. Incidimus tamen hìc in iura difficillima, & quæ apertè decidere videntur; quæ scribentium turba confusè admodum tractat, & vt fatear quod sentio, magis suis interpretationibus obscurat; alibi enim videbis hæc augmenta non recipi, alibi exigi. Illud *in l. ex mille, ff. de euictionib.* per totum responsum: alibi exigi, vt *in dict.* §. *diuisione*, & *dict. l. Titius*, & *l. idque Iulianum*, *dict. l. euicta*, & *dict. l. si fundum*, quæ Iureconsultorum responsa si attentiùs legas, nullâ, aut difficili concordiâ cohærebunt. Hæc vt expediam distinctiùs & clariùs, aduerto in hac tractatione versari Iureconsultorum responsa circa duo veluti capita totius disputationis; namque in hac euictionis quæstione frequens est stipulatio duplæ, & actio ex empto, *d. l. ex mille*, & reliquis legibus suprà adductis.

Actio

Actio autem ex empto habet duo capita in hac materia, euictionis scilicet
4 ad pretium, istudque perpetuum & naturale huic actioni, & quod in ea semper repetitur; neque enim vllo pacto, nulla circumstantia vnquam videtur remissum pretium in causa euictionis: denique est perpetuum & naturale huic actioni ex empto, vt emptor qui euictionem rei emptæ passus est, pretium à venditore consequatur; alterum autem caput huius actionis non est naturale, nec perpetuum, sed incidens, & vt aliqui dicunt, casuale, quòd aliquando incidat, & contingat, aliquando verò non; istudque est præter pretium, id quod emptoris interest rem non fuisse sibi vendicatam, in quo capite insunt expensæ & meliorationes & augmenta, quibus res facta est melior, *dict. l. Titius, dict. l. emptorem, §. fin. ff. de actionib. empti & venditi, l. si in venditione, l. euicta, 2. l. si plus, de euictionibus.*

Illud præterea aduertendum est circa hæc duo capita, vt rem aperiamus ex
5 Iureconsultorum responsis, non ex interpretum placitis, quæ sunt plerumque captiosa. Primum illud caput huius actionis, scilicet quod dirigitur ad pretium, quod vocabimus naturale & perpetuum huius actionis, in tractatione de euictione, semper habere relationem ad bonitatem & pretium, quod erat tempore contractus, respectu eius quod euictum est, ita probat apertè lex 1. & lex *bonitatis, ff. de euictionib.* Itaque si ex re quæ mille constitit, dimidium euictum sit, ex hoc capite quingenta potest petere euictionem passus, non integra mille, quia hoc primum caput certum est, & habet suam relationem ad tempus antiqui contractus, non verò ad tempus euictæ rei: & ita intelligendæ sunt dicta lex 1. & lex *bonitatis.*

Alterum verò caput huius actionis, quod est ad id quod interest emptoris
6 rem emptam non fuisse ablatam & euictam, habet relationem ad tempus euictæ rei, non contractus, ideoque patitur diminutionem & augmentum, prout res empta, vel melior, vel deterior facta reperiebatur tempore euictionis. *dict. l. Titius, l. emptorem, l. idque Iulianum, l. euictæ, l. si in venditione, l. si plus,* suprà adductæ, quæ iuxta hæc quæ à nobis traduntur, sunt concilianda cum dicta lege 1. & lege *bonitatis, ff. de euictionib.* & est verus sensus, & ex fundata iuris ratione, ad quæ non aduertentes, facilè cumulant iuris ridiculas quasdam antinomias. Ad hoc secundum caput, eius quod interest, rem non fuisse euictam; quod augmentum & diminutionem recipit, vt diximus, referenda est dicta lex *si cùm venditor, §. diuisione, ff. de euictionibus,* de qua nobis sermo erat: & ea verba id significant, scilicet vt causa, hoc est controuersia, agri, hoc est, quæ super agrum mota est, facti, id est, qui factus est, melioris aut deterioris, id est melior aut deterior, excedat, aut diminuat finem, id est modum, & quantitatem pretij, quo fuerat æstimatus tempore diuisionis; cùm enim diuisio facta sit bonorum, quæ emptio est, *l. 1. Cod. communia vtriusque iudicij,* facit lex *cùm pater, §. hæreditatem, ff. de leg. 2.* Iureconsultus euictionis causam distinguit à vero pretio, secutus alterum caput euictionis, quod est ad id quod interest, quod aliquando maius est, aliquando minus, quàm sit pretium, & vocamus interesse vulgò extrinsecum, illud interesse intrinsecum.

7 Præterea illud aduertendum est in hoc secundo capite, in quo actione ex empto agitur, non ad pretium, sed ad id quod interest, ita demùm teneri venditorem,

ditorem, si emptor expensas & meliorationes conseruare sibi à vendicante non potuit; tunc enim euictionem passus id à venditore antiquo sibi conseruat: contrarium in casu contrario decidendum est, si cùm res empta à se exigeretur, sciens prudensque tradiderit, nihil de his agens; tunc enim ipsa sua voluntate sibi nocuisse comperitur, *dict.l.Titius*, *l.idque Iulianum*, *ff.de actionib.empti & vend.* vnde necessariò illud fatendum est requiri *in dict.* §. *diuisione*, ex fundata iuris ratione. Habes ex his expositionem dicti §.*diuisione*, & legis *Titius*, legis *idque Iulianum*, legis *emptorem*, legis *euicta*, legis *in venditione*, legis *si plus*, cum lege 1. & cum lege *bonitatis*, de quibus suprà.

Modò quod diximus de actione ex empto, ita interpretamur in stipulatione 8
duplæ, vt cùm quadrent in aliquibus, in aliquo verò dissideant apertè; stipulatio enim duplæ fuit inueterato vsu & assidua, antiquaque consuetudine hominum excogitata & inuenta, legibus approbata, & posita loco actionis ex empto ad interesse in eadem causa euictionis, *l.final. de prætoriis stipulationibus*, §.*fin.Instit.de verbor.oblig.* idque receptum est, quod difficilis esset probatio eius, quod emptoris interesse poterat, rem esse euictam: sic enim homines illo seculo iam cautiores, fugientes probationem eius quod interest, statui in ipso contractu prouidebant, sibi interposita stipulatione duplæ, si res vel pars eius, quam emissent, auferretur, vel non traderetur; vnde stipulatio duplæ habet id commune cum actione ex empto, quod vtraque habet suam vtilitatem circa illud caput primum; nam siue tota res, vel pars eius euicta sit, emptor euictionem passus ad venditorem reuersus habet totum pretium & duplum ipsius loco eius quod interest; vel partem pretij quæ correspondeat parti rei euictæ, & duplum, quod quidem stipulatum fuit; & in hoc conueniunt apertè, quod versantur in altero capite euictionis, & actionis ex empto. In eo verò differunt, quia in stipulatione duplæ non continetur augmentum, nec decrementum rei externum, quod aliunde rei accedit; sicuti accedit in actione ex empto. Itaque qui agit ex stipulatu ad duplam, pretium, aut pretij partem cum duplo accepturus est, ex natura ipsius stipulationis, quæ interposita est, quæ cùm solùm de duplo interposita sit & concepta rei certo pretio venditæ, ad alia, de quibus actum non est, nempe ad externum augmentum, scilicet meliorationes, expensas & sumptum extendi non potest: extenditur autem actio ex empto, idque ex natura illius actionis, quæ huiusmodi augmenta & accessiones continet, ex his quæ necessariò nobis dicenda fuerunt, patet, *l.ex mille*, *ff. de euictionib.* vbi apertè accessiones & externa augmenta non veniunt in causa euictionis, contra reliqua omnia iura, quia ibi 9
de stipulatione agitur duplæ, & ita quadrat cum dicta lege *Titius*, *l. emptorem*, *l.euicta*, *l.in venditione*, *l.si plus*, *l.Idque Iulianum*; & nisi ad hæc oculos coniicias, nulla erit conciliatio. Hactenus patet conciliatio harum legum cum lege 1. & lege *bonitatis*, circa vnum; & cum lege *ex mille*, circa alterum, propositâ naturâ, & verâ ratione actionis ex empto, & stipulationis duplæ; nunc ad alia non minùs elegantia quàm difficilia, quæ pertinent ad nostrum institutum & conciliationem iurium.

Habentque suam originem *ex dict. l.1.* & *l.bonitatis*, *ff. de euictionibus*; di- 10
ces enim, quorsum de bonitate rei venditæ agitur, deque eius qualitate, si ad

pretium agendum est ex hac euictionis natura, & vera & propria ratione actionis ex empto. Pone fundum venditum, emptori traditum, euictum; constat emptorem euictionem passum, à venditore consequi non rem, sed pretium, ex primo capite actionis ex empto, in quo diximus considerandam esse bonitatem quæ fuerit tempore contractus, non verò euictionis; diuersum in secundo casu, quando agitur ad id quod interest. Cùm igitur intellexerimus dictam legem 1. & legem *bonitatis*, in primo capite euictionis, scilicet cùm agimus ad pretium, & quantitatem, quæ erat tempore contractus, cùm id sit certum, nempe pretium conuentum; quorsum, obsecro, perspicimus rei bonitatem, quæ fuerit tempore contractus? vt *dict. l.1.* & *dict. l.bonitatis*: si res esset omnino tradenda ex hac actione ex empto, opportunè inuestiganda esset bonitas rei venditæ, vt talis traderetur, qualis tradita esset tempore con-
11 tractus; sed cùm hæc actio competat ad pretium, non ad rem, ex primo capite, quorsum bonitatem rei inquirimus *in dict.l.1.* & *l.bonitatis*, cùm non ad rem, sed ad pretium agamus ex empto, & ex primo capite. Hæc ratio poscit verum intellectum *ad dict. l.1.* & *l. bonitatis*, quæ considerant bonitatem rei tempore contractus, cùm eius bonitas ex certo, & constituto pretio certa, & diffinita, & constituta sit; planè enim si emptor ædes quingentis emerit aureis, etiamsi mille valeant, idque tempore contractus, euictionem passus, ex hoc primo capite à venditore, si res euicta sit, vel non sit tradita, sola quingenta actione ex empto consequitur; hac enim actione ad pretium, non ad rem agitur, ex hoc capite. Ita omnia iura constituunt, quæ plura sunt, *l.Titius, in fin.vers. non enim, de actionibus empti, l. si fundo, in principio, l. si in venditione, l.euicta re, l. si plus, de euictionibus, l. super empti, Cod. de euictionibus:* & ferè nullum ius est, quod dicat de euictione agi ad rem, sed ad pretium, & postea in id quod interest ex secundo capite: & idem ex Accursio & Scribentibus decisum est *in l. cùm successores, in fin. Cod.de euictionibus*, licèt pro contraria sententia soleat adduci; & hanc opinionem tuetur Andreas Tiraquell. *de retract.lignag.* §.31.*num.*3. quæ cùm ita constituta sint, non erat profectò requirenda bonitas rei venditæ, quæ tamen inuestigatur *in dict. l.1.* & *l. bonitatis*: & hæc est alia inuestigatio, in qua leges illæ mutuò quoque pugnant: sed dicta lex 1. & lex *bonitatis*, ita explicantur, vt valor & æstimatio, de qua ibi, fiat solùm ad effectum distributionis pretij conuenti, inter partem pretij: partis euictæ, & non euictæ. Pone venditum fuisse fundum Seianum quingentis; in eo fundo sunt plura prædia, scilicet salictum, oliuetum, vinetum, domus, pratum, hortus irriguus, agerque frumentarius. Pone quoque euictum esse salictum, emptor euictionem passus, reuersus ad venditorem, partis euictæ pretium exigit; bonitatis salicti & vtilitatis ratio quæritur, quæ fuerit tempore contractus, vt vniuersis quingentis distributis inter omnes fundi partes, vera æstimatio, & verum pretium constituatur salicti, quod emptori soluatur; & ita conueniunt verba dictæ legis 1. ibi: *Quid enim si quod fuit in agro pretiosissimum, hoc euictum est; aut quod fuit in agro vilissimum? æstimabitur loci qualitas, & sic erit regressus.* Hæc Iureconsultus. Adde tu æstimationem eam faciendam esse, quæ fuerat tempore contractus, non euictionis, *ex dict. l.bonitatis*, ibi: *Proculus rectè putat quæ fuisset venditionis*

tionis tempore, non cùm euinceretur. Habes verum ſenſum *ad dict.l.1.& l.bonitatis*, in duplici iuris difficillimo argumento, & concordiam plurium iurium, & pertinebant *ad d.§.diuiſione*; vbi inſtar venditionis natura actionis id exigit, vt frater agens quadam veluti actione ex empto, ad id quod intereſt ex ſecundo capite cauſam agat, quæ diminuat, vel excedat quantitatem pretij, quod fuit agro tempore factæ diuiſionis: denique conſequetur externum augmentum, & acceſſiones, expenſas & meliorationes, quæ continentur in illa actione nomine eius quod intereſt, ſaltem pro portione quam accepiſſe intelligitur à cohærede. Qui ſenſus eſt planus, & quadrat eius literæ, & agnoſcunt omnes, & conueniunt quæ adduximus omnia de euictione, & actione ex empto.

Sed Carolus Molineus *in lectione l.vnica, Cod. de ſententiis quæ pro eo quod intereſt*, quam glorioſo, & magnifico titulo inſcripſit, *Extricatio labyrinthi de eo quod intereſt*, inſcripto, vt inquit Paulus, in prooemio naturalis hiſtoriæ, propter quam vadimonium deſeri poſſit; is ergo *num.*143. more ſuo ait vidiſſe ſe ſæpiſſimè errare in intellectu dicti §. *diuiſione*, idque non ſolùm in ſchola, ſed in foro, aitque vulgò dictum *§.diuiſione*, ruditer acceptum eſſe; vtinam nunquam ab eo rudiùs acciperetur. Cauſam ille eam exiſtimat, quòd vulgus ad æquum & bonum non adſpiciat, neque dictum §.*diuiſione*, excutiat ad legalis æquitatis gnomonem. Ita ille loquitur, deinde deſtruit communem ſenſum, poſtremò interpretationem addit ſuam, quod facit *à num.*143. *ad numerum* 147. Ego primùm iſtas æquitates nullibi ſcriptas ſemper odi; vbicun- 12
que enim de æquitate incidit quæſtio, quæ ſcripta, aut certè naturæ ductu, & rationis vi, animis noſtris indita non ſit, ſtatim ex authoritate iuris ſcientiæ perniciosè erratur, *l.ſeruum filij, ff.de verborum.* In propoſita autem ſpecie nulla æquitatis ſcriptæ ratio extat, vt eius prætextu à iure ſcripto recedendum ſit. Præterea dictus §. *diuiſione*, rationem illam continet, quæ reperitur in venditione, cui diuiſio par eſt: præterea continet ancipitem & dubium euentus caſum, qui vtrique imminet, vt facta diuiſione, ſi res hæreditaria fuiſſe non reperiatur, pro ea parte, quam accipit à cohærede, conſeruetur ſibi, cum augmento, & acceſſione externa; idque ita demùm (quod Molineum præteriit) ſi à vendicante acceſſionem & meliorationem conſeruare non potuit, *ex dict.l.idque Iulianum*, quia venditio eſt, & venditionis habet hunc effectum apertè ſcriptum *in dict.* §.*diuiſione*: propter Molineum enim verba eius interpretati ſumus, quoniam ille (quod auſim dicere) verba illa dicti §. *diuiſione*, dum *num.*147. inquit verbum, *Cauſa, in dict.* §. *diuiſione*, poſſe legi in ablatiuo, videtur non ſatis percepiſſe; neque enim video qua ratione verbum illud, *Cauſa, in dict.* §.*diuiſione*, poſſit legi in ablatiuo: planè 13
niſi in nominatiuo legas, ineptiſſimus erit ſenſus legis. Præterea, ſi cohæres non aſſeruit rem eſſe ſuam, certè aſſeruit eſſe hæreditariam, & ſicuti teſtator teneretur vendendo, cohæres tenetur diuidendo. An dices, quòd venditor bona fide vendat, ſtatim non teneri ad meliorationes? Immò ipſa bona fides exuberat pro emptore, qui bona fide expendit, & meliorat, ne rem ſuam perdat, vel re ſua careat, qui aduerſus vendicantem aget de expenſis & meliorationibus: poſtremò in ſubſidium contra venditorem, quem imitabitur cohæ-

res, qui in diuisione prædium accepit, ipsumque meliorem factum suis expensis & meliorationibus, non dolo, neque culpa amisit; ratio in hoc postulat, vt expensarum nomine sibi consulatur, quæ suadebat, vt emptori prouideretur, saltem pro ea parte, quam à cohærede accipit, vndecumque id augmentum accesserit, quod constituitur *in dict.§.diuisione*, & extat ratio illa *in l.si familiæ erciscundæ, Cod. familiæ erciscundæ:* quæ duo iura, iuncta lege *idque Iulianum*, constituunt tria illa, scilicet teneri cohæredem de eo quod interest, quod meliorationem prædij continet, pro parte accepta, si à vendicante conseruare sibi illud non potuerit. Modò facit argumentum Molineus contra hanc sententiam, quod quidem ego fortissimum esse faterer, si esset verum, & certè me in suam sententiam traheret. Ita ille argumentatur. Si totus fundus, qui diuisus sit tanquam hæreditarius, ad alterum tantum pertineat cohæredem iure proprio, poterit is vendicare, neque de euictione tenetur in aliquo: ergo neque partis quam existimabit hæreditariam à se acceptam. Antecedens probat ille ex textu *in l.cùm putarem*, 37. *ff. famil. erciscund.* quem textum si millies legas, nunquam ab eo id extorquebis. Aliud agit ibi Iureconsultus, quod alienum est ab hac argumentatione. Præterea quid posset iniquius fieri, quàm surripi mihi fundum integrum, quem tanquam hæreditarium accepissem, neque suppleri portionem ex bonis hæreditariis, vt æqualitas abigeretur à diuisione: præterea accipere te fundum bona fide meliorem factum nullis refusis expensis. Abeat Molineus cum suis fictitiis æquitatibus, nobis iuris scripti ratio placeat. Postremò addit suam interpretationem, post quam satis disiectam existimat nostram sententiam: breuiterque dicam, nunquam ita ad textum diuinatum est, vti ipse *ad dict. §.diuisione*, diuinat. Denique existimat ibi fundum fuisse euictum, non ob defectum iuris defuncti, sed culpâ & dolo cohæredis, qui conuenitur ab altero cohærede de euictione, & existimat referendum esse §.*diuisione*, *ad l.si fratres, Cod. communia vtriusque iudicij*, vbi cohæres priùs obligauerat fundum hæreditarium, deinde in diuisione tacitus dederat cohæredi, qui propter hypothecam euictionem passus, à cohærede expensas consequitur: lege & perlege dictum §.*diuisione*. Deum immortalem, quàm nihil inuenies, quod ad dolum pertineat, non potest à vera ratione iuris recedi, quin fraus fiat iuri, & legi. Igitur in diuisione bonorum, externum illud quod vocant interesse, accessio, augmentum, melioratio, expensaque, venit in euictionis causa, *ex dict. §.diuisione*, sicuti inter venditorem & emptorem constitutum est.

14 Quod quidem ego ita temperarem & intelligerem in meliorationibus & sumptibus à me factis in re hæreditaria, quæ mihi ex diuisione contigerit meis expensis, aut labore, vel industria: idem enim est, vt capite primo diximus; secus verò res ipsa hæreditaria sine facto meo, sine industria, sine expensis, sine sumptibus, sed casu, temporisque beneficio cresceret, & aucta esset, eiusue æstimatio, quia tunc satius est vt id à cohærede meo non conseruem. Facit quod diximus suprà *cap. 4. num. 14. vers. quod verò diximus.* Ratio enim, quæ mouet vt æstimatio rei hæreditariæ crescat omnibus hæredibus, non solùm vni, ea poscit vt cohæres non teneatur de augmento illo: pone domum relictam in hæreditate, quam habuit vnus ex hæredibus à patre; hæc morte

patris

patris valebat ducenta, postea verò, & antequam hæreditas diuideretur, augmentum factum est, pretiúmque domus temporis beneficio creuit ad mille, sine industria aut opera hæredis: certè hæres aut domum, aut mille conferet cohæredibus; quia augmentum illud sibi prodesse non debet, quod sine labore suo euenit, ex his quæ ibi diximus *dict. num.* 14. Igitur in nostro casu æquum quoque est vt hoc augementum sine facto suo & labore non vergat ad vtilitatem cohæredis: ex quibus restat dictus §. *diuisione*, explicitus, & quæ pertinent ad expensas factas à venditore recuperandas emptori.

Alterum caput nostræ disputationis est, quoties contractus emptionis rescinditur per restitutionem in integrum; tunc enim emptor rectè de meliorationibus & expensis agit, remque ipsam retinet donec de expensis satisfiat; de quo est lex *intra vtile*, 40. §. *fin. ff. de minoribus*, ibi. *Vix enim restituendum esse, nisi maluerit, omnes expensas quas bona fide emptor fecisse approbauerit, ei præstare*: *l. si prædium, Cod. de prædiis minorum.* Facit apertè textus *in cap.* 1. *de in integ. restit.* & ratio legis quæ est *in l. in fundo, ff. de rei vendicatione*: qua ratione & in Ecclesia illud receptissimum est, & *dict. cap.* 1. & ibi Abbas & reliqui, in quo nulla differentia, nullum discrimen est, nisi id quod resultat ex variis expensarum generibus; aliter enim vtiles, aliter necessariæ, aliter voluptatis, bonæ vel malæ fidei possessori conseruantur: quod abundè nobis suprà dictum est. 15 16

Ex qua regula, & interpretatione idem judicandum est de expensis, quæ fiunt ab emptore intra retractus tempora; neque enim quod intra id tempus fiant, protinus sic existimandum est, factas eas esse malo & iniquo animo, vt retrahens oneretur; sed qualitas rei, item & expensarum expendenda est, de quo nobis iam suprà abundè dictum est *capit.* 6. *num.* 8. contra Gallos, Boërium, & Tiraquellum, ex his iuribus & decisione legis *in fundo*, & legis *intra vtile*, & legis *si prædium*, & *cap.* 1. suprà adducto. 17

Præterea etsi res ab emptore exigatur beneficio legis 2. *Cod. de rescind. vendit.* emptor quoque argumento earum legum expensas conseruat sibi, quod adnotauit primus Bald. *in l.* 2. *Cod. de rescind. vend. quæst.* 19. *num.* 23. quem post Alex. Cagnolum, Anton. de Burgos, Iacobinum à sancto Georgio, Fabianum, Boërium sequitur Pinellus, qui hos refert *in l.* 2. *Cod. de rescind. venditione, part.* 2. *cap.* 3. *num.* 1. contra Salicetum *ibidem quæst.* 17. In qua quoque re obseruanda est distinctio, de qua proximè diximus, vtilium, & voluptatis, & earum expensarum, quæ necessariæ sunt. 18

Nam nihil aduersùs hanc receptam sententiam facit quod Salycetus adnotauit, scilicet non posse deduci argumentum *ex l. intra vtile*, § *fin.* quia ibi indistinctè res rapitur per restitutionem in integrum, hic verò, id est in casu legis secundæ, *de rescindenda venditione*, non nisi ex voluntate emptoris, qui supplere iustum pretium recusat; quia quicquid respondeat Pinellus, emptor expensas suas ex voluntate sua tradere nunquam intelligitur, nec minor restituendus est, nisi in eo quod sibi deest; item & venditor: expensas autem haberet cum re, & cum iactura aliena, quod ab æquo & bono recedit; nam quod ait Pinellus, posse fieri, vt læsio solùm contingat in pretio, non in alienatione, quo casu ait receptius esse, restitutionem minori non dari, ad

rescindendum contractum, vel rem repetendam, sed ad supplementum pretij; allegat gloss. & Bart. *in l. si quidem, Cod. de prædiis minorum*: rursum idem argumentum repetit *in dict. l. 2. part. 3. cap. 1.* per plures numeros; id tamen quo fiat modo, quoniam in aliquibus decedendum est à Pinell. hæc sunt adnotanda.

19 Primùm læsionem in emptione, & aliis contractibus posse quidem contingere duplici ex capite, scilicet ex alienatione, quòd res alienata sit, etiamsi iusto pretio sit alienata, aut iusta mercede & pensione, *l. si emptione, ff. de minorib. l. quæ tutores, Cod. de administr. tutor.* vel cùm alienanda sit, quòd minoris sit alienata, quod est secundum caput; nam si vtrumque coniungas, plenissima est restitutio. Sine difficultate ex primo capite contractum rescindit minor, & Ecclesia, & directò rem recuperat suam, quam alienare non decuit. Ex secundo capite, quando in pretio fuit læsus, non in alienatione, indistinctè non recuperat rem, quoniam emptor, conductor, vel emphyteuta euitant rei restitutionem, si pretium suppleant iustum, propter quod in integrum restitutio implorata est. Hæc est illa glossa celebris *in dict. l. si quidem, C. de prædiis & aliis rebus minorum*, quam sequuntur Bart. Paul. Bald. & Salycet. similis glossa est *in l. patri pro filio, §. si pecuniam, vers. prædium quoque, ff. de minorib. verb. Oporteat.* Aliqua ibi Adducit Bart. meliùs autem & clariùs *in l. si res, §. 1. ff. de iure dot.* Idem tenet Abb. *in cap. constitutus, de in integr. rest. num.* 10. Alex. *in l. non interest, ad fin. de eo quod met. causâ.* Socin. *cons. 57. lib. 4.* Antonius Gomez Hispanus *2. tomo de contractibus, cap. 14. num. 1. vers. si verò sit læsus in pretio.* Paulus de Castro *in l. non interest, Cod. de his quæ vi metúsve*, etiamsi referat Cinum *in dict. l. si quidem*, contrarium existimantem, contra

20 quam glossæ opinionem, quæ pluribus placet, allegat Abbas duo iura *in dicto cap. constitutus*, quæ fortissimè contra glossam faciunt. Primum est decisio textus *in cap. primo, de in integ. restit.* vbi læsio contingit in minori pretio, non verò in alienatione: quod patet ibi, quid agendum sit de possessionibus laicis sub modico censu concessis; non inquit requisitio illa, de possessionibus laicis concessis, quæ concedi non dubuissent; sed de concessis, sub modico tamen censu; & tamen conceditur restitutio ad recissionem contractus, refusis expensis, quod patet ex litera ibi: *Quæ in damnum eius data constiterit, ad ipsius conuenit ius, & proprietatem redire.* Redditur ibi quod datum est, non verò suppletur quod defuit iusto censui, vel mercedi, aut pretio. Alterum ius est *in l. patri pro filio, §. item ex diuerso, ff. de minoribus*, vbi Caius in hæc verba: *Item ex diuerso, si minore pretio, quàm oportuit, vendiderit adolescens, emptor quidem iuberi debebit, prædia cum fructibus restitui, iuuenis verò eatenus ex pretio reddere, quatenus ex ea pecunia locupletior est.* Hæc Caius, qui minorem pretio læsum poponit tantùm, & tamen prædium cum fructibus extorquetur. Abb. autem etiamsi Accursium sectetur, his tamen iuribus non satisfacit. Est etiam contra glossam fortissima ratio, quam agnouit textus *in dict. cap. 1. de in integr. restitutione*, quam agnouit Paulus vbi suprà, quia restitutio in integrum, est in pristinum statum repositio; & tamen supplementum iusti pretij non reponit causam in pristino statu, imò supplementi oblatio, & acceptatio magis ipsam alienationem confirmat; quod patet ad oculum. Hæc fortissimè

tissimè faciunt contra glossam *in dict. l. si quidem*, ex quibus Cinus & Petrus eam reprobarunt *in dict. l. si quidem*: glossa tamen habet iuris rationem, & vera est, pro qua est textus expressus *in l. si res*, §. 1. *ff. de iure dotium, vers. enim verò*, vbi inquit Vlpianus, quod si in æstimationis modo circumuenta est, erit arbitrium mariti, vtrum iustam æstimationem, an potiùs seruum præstet. Quod Iureconsulti responsum planè æquauit causam coniugis circa res dotales cum causa minoris restitutionem impetrantis, vt sicuti minor ob quamcumque læsionem restituitur, etiam minimam, & quæ dimidiam non attingat; vtcumque enim Ecclesia, vel minor lædantur, restituuntur, Abbas *in cap. cùm dilecti, de empt. & venditione, num.* 42. Antonius de Burgos *num.* 44. 21
latè Emanuel Costa *in l. Gallus, §. & quid si tantùm, ff. de liber. & posthum. part.* 2. *num.* 78. latè post ipsum doctissimus Couar. *variarum resolution. lib.* 1. *capit.* 3. *num.* 10. & 11. & post vtrumque Pinellus *in l.* 2. *Cod. de rescindend. vend. part.* 1. *cap.* 1. *num.* 25. & 26. & ante eos Alciatus *lib.* 4. *de verb. signific. pagina mihi* 109. idque probant ex textu *in l scio, ff. de in integr. restitution.* quem textum Abbas suprà adducebat pro ea opinione, vt ob modicam læsionem non competeret restitutio in integrum; ibi tamen non simpliciter, neque indistinctè in modicis restitutio negatur, sed in satis minimis, ac neque in his, nisi fortè ex restitutione huiusmodi ob satis modicam quantitatem resultet rescissio actus magnæ quantitatis: ita, ait Imperator, neque propter satis minimam rem, vel summam, si maiori rei vel summæ præiudicatur, audiatur is, qui in integrum restitui postulabat. Ex quibus verbis restitutio in modicis simpliciter non denegatur, quem sensum aduertit Emanuel Costa summo, vt solet omnia, iudicio: Couarruuias ait cordatè & attentè prospiciendum esse in istis minimis ad læsionem, quantitatem, actum qui gestus est; ex quibus circumstantiis grandem, modicam, vel enormem læsionem iudicamus. Quod si læsio vltra dimidiam contingat, meritò enormissima iudicabitur; in nihilo enim distinguimus læsionem enormissimam ab ea, quæ vltra dimidiam est: tum quia nullum ius distinguit: tum quia in hoc est egregius textus *in l. domum, ff. de contrah. emption.* vbi contractus ille non perficitur, qui læsionem vltra dimidiam continet; quod patet ex textu ibi, vt si quidem amplior domus pars exusta est, non compellatur emptor perficere emptionem: ad quod summè aduertendum est; videas enim quotidie distingui enormem, & enormissimam læsionem, ab ea quæ est vltra dimidiam, cùm certa regula constitui non possit, nec differentia vlla. Cagnolus *in l.* 2. *de rescind. vend. num.* 88. & 97. Afflictis *decisione* 322. Abbas *in capit, cùm contingat, de iureiurando.* Felinus *in cap. in præsentia, num.* 108. *de probationibus*, & repetentes *in cap. Quamuis pactum, de pactis lib.* 6. recurrendum tamen est ad regulas Iureconsultorum *in dict. l. domum*, quæ optima est contra istas traditiones.

Quod cùm ita sit, patet æquatos esse coniuges circa res dotales cum mino- 22
ribus *in dict. l. si res*, §. 1. & *in l. iure succursum, ff. de iure dot.* siue enim minores, siue maiores sunt coniuges, siue intra dimidiam, siue vltra contingat læsio, in rebus dotalibus id emendatur, in quæ læsio contingit; quod præter cæteros tenent & probant Pinel. *in dict. l.* 2. *de rescind. vend. part.* 1. *cap.* 1. *n.* 12. & 13. Anton. Gom. *in l.* 50. *Tauri, num.* 44. & est nobis probatissima isthæc opinio

opinio *ex l.16.tit.* 11 *part.* 4. vbi vterque Interpres. Vnde meritò cùm in vtroque casu fiat quædam emendatio damni contingentis, vtcunque contingat, obseruata ratione damni, quæ in rebus dotalibus contingit, dicendum est, recipiendam eam esse in minore, vt resarciatur sibi id, in quo fuit læsus. Quod si læsio in minori pretio reperiatur, non in alienatione, pretium suppleatur, non etiam res restituatur inuito minore, qui in alienatione non est læsus; & ita pro glossa *in dict.l. si quidem*, apertè facit dicta lex *si res*, §.1.

23 Arius tamen Pinellus receptam hanc sententiam glossæ *in dict.l. si quidem*, oppugnat, & ab ea recedit post Albericum, Cinum, Paulum, Fulgosium, quos ipse refert *in l.1. de rescind. vend. part.3. cap.2. num.* 21. Vt euertat autem glossæ sententiam, vtitur duobus fundamentis; alterum in eo versatur, vt dicat, omnem minoris restitutionem resolui in rei restitutionem, etiamsi ex minori pretio læsio contingat, in quo planè vtitur argumento Abbatis *in dict. cap. constitutus, ex cap.1. de in integ. rest.* & *l. patri pro filio*, §. *item ex diuerso*, suprà adductis: neque aliud facit Pinel. quàm addere aliquot iura magis probantia. Abb. vtitur *l. quod si minor*, §. *restit. ff. de minoribus*, *l. tutor*, §.1. & *l. penult. ff. eod. l. si sine*, §. *interposito*, *ff. de administ. tutor. l. non interest*, *Cod. quod metus causâ*; quæ iura non ita aperta sunt, omnia tamen concludunt, quantumvis læsio contingat in pretio, restitutionem concedi ad rescissionem contractus: quod quidem non diffitentur, qui glossæ opinionem sequuntur; aiunt tamen vitari contractus rescissionem oblato iusto pretio, in quo læsio contingit. Secundum fundamentum Pinelli est, dum respondet *ad dict. l. si res*, §.1. ait enim hanc legem ita esse intelligendam, vt ibi electio data sit coniugi ex iuris particularis dispositione, propter æquum & bonum, quod in dote exigitur; idque *num.*23. *dict.* 3. *part.* in restitutione minoris non esse datam hanc electionem, quod obnixè negant qui sequuntur glossæ opinionem: denique ex his restat indagare, an in hac restitutione, quæ contingit propter minus pretium, sit hæc electio; quæ si concedenda sit, corruit Pinelli argumentum, quod totum in hoc versatur; & nos cum glossa asserimus dandam hanc electionem ei, qui rem possidet, contra quem hæc restitutio postulatur ex capite læsionis, quæ contingit non in venditione, sed in pretio; præterea quod *in dict. l. si res*, §.1. *ff. de iure dot.* ex æquiparatione coniugis & minoris id videbatur concedendum, cùm id quoque æquum, iustumque sit, & minori in eo succurratur, in quo læsus restituatur: neque enim adolescenti inuito alienationem approbanti, pretium postulanti iustum neganda est hæc electio ex parte emptoris, si emptor narrationem libelli secutus, velit pretium supplendo ratam habere venditionem: quomodo autem hæc electio concedenda sit, paucis explicabo; neque enim facilè recedendum est à receptis sententiis, præsertim his, quæ naturalem æquitatem & rationem habent.

24 Omnia enim illa iura & rationes veterum, scilicet quod restitutio sit in pristinum statum repositio, Bald. ita diluit *in dict. l. si quidem*, quod minor hoc casu, quo restitutionem sibi concedi postulat, ob pretij modicitatem non debet petere, nec formare libellum ad solum pretij præstandi supplementum, sed suam in integrum restitutionem postulabit aduersus actum; quam restitutionem reus conuentus vitare poterit, si velit supplere iustum pretium. Quasi

in

in actore sit petitio restitutionis ob modicitatem pretij, quæ modicitas sola & vnica causa fuit impetrandi restitutionem; est verò in rei conuenti potestate supplere iustum pretium, ita vt deficiente & cessante causa restitutionis, & rescissionis actus, quasi ex voluntate vtriusque cesset ipsa actus annullatio: quam formam libelli probauit Alex. ad Bart. *in dict. l. si quidem*, pro Bald. contra Bart. ibi, & fuit Accursij, quatenus induxit legem 2. *Cod. de rescind. vend.* de qua statim agimus pro Bald. & quatenus ait solam rem esse in obligatione, supplementum autem iusti pretij in facultate soluentis; quod verissimum est, licèt Bart. *in dict. l. si quidem*, & Abb. *in dict. cap. constitutus*, dicant hanc restitutionem debere postulari ad solius pretij supplementum, non ad rescissionem actus: & pro Bald. facit dicta lex *si quidem*, & caput 1. *de in integr. rest.* & reliqua iura, quæ adducuntur à Pinel. vbi læsio in pretio contingit, & imploratur restitutio iuxta tenorem edicti perpetui, id est rescissio actus, & rei petitio. Facit etiam pro Baldo dicta lex *si res*, §. 1. vbi Iureconsultus, cùm in duobus fateatur coniugem lædi posse, quòd seruum dederit, vel quòd minoris æstimauerit; ait tamen id solùm acturum coniugem, vt seruus sibi restituatur; postmodúmque subdit, si coniux in eo solùm læsa reperiatur, quod minoris æstimauerit, etiamsi seruus petitus sit, in arbitrio tamen esse mariti, vel seruum tradere, vel pretium supplere, quasi sola res sit in obligatione, in potestate autem soluentis, vel rei traditio, vel pretij supplementum.

E quibus potest vitari argumentum Pinel. & Abb. & potest responderi *ad cap. 1.* & *ad l. patri pro filio*, §. *item ex diuerso*, & ad alia iura, quæ his addunTur, quod etiamsi ibi feratur sententia condemnatoria ad rei restitutionem, iuxta libelli formam, & licèt hæc sententia habeat authoritatem rei iudicatæ, non ideo minus negatur, imò relinquitur quod reus, donec conueniatur actione rei iudicatæ, possit supplere iustum pretium, & eo ipso vitare rei restitutionem. 25
Textus *in l. item veniunt*, §. *idem rectè*, *ff. de pet. hæred.* ibi, *Tam diu quis habet noxæ dedendæ facultatem, quamdiu iudicati conueniatur.* Constat autem in noxali actione damnum esse in condemnatione, *ex l.* 1. & per totum titulum *de noxali*; & glossa recepta *in dict.* §. *idem rectè.* Bart. *in l. si quis stipulatus decem*, *ff. de solut. num. 6.* Abb. *in cap. cùm dilecti*, *num. 2. de empt. & vend.* Igitur nihil mirum sit, si in casu dictæ glossæ *in dict. l. si quidem*, res postuletur, & fiat item rei condemnatio, vt *dict. cap.* 1. & *in dict.* §. *item ex diuerso*: sed quia ex relatione minoris, qui læsionem ad pretium retulit, sicuti in noxali causa ex dispositione legis vnum est in petitione, alterum in solutione, nihil mirum, quod vsque ad executionem sententiæ possit alterum eligi & solui, argumento dicti §. *idem rectè*, contra Pinell. & Abb. pro Bald. & recepta sententia, cum glossa *in dict. l. si quidem.*

Sed fortissimè facit pro Bald. & glossa prædicta ratio desumpta *ex l. 2. C. de rescind. vend.* licèt enim in specie eius legis controuersum sit, an res, an pretium, an vtrumque sit in obligatione, in quo mirè Canonistæ à legistis differunt; illi enim tenent, & pretij supplementum, & rem ipsam esse in obligatione, cum Ioan. Andr. & Abb. *in cap. dilecti*, *de empt. & vend.* & latè Beroius ibi, *num. 15. cum seq.* ast legistæ tenent solam rem esse in obligatione, iu- 26

Bbb sti

sti autem pretij supplementum in solius emptoris facultate: post glossam *in dict. l. 2.* tenent Bald. Salic. & reliqui ibi: vtramque autem opinionem variè proferunt & dilatant Molin. *in consuet. Parisiens.* §. 22. *num.* 42. Couar. *variar. lib. 2. cap. 4. ad fin.* Anton. Gomez *de contractib. cap. 2. paulò post principium*, Pinell. *in dict. l. 2. part. 3. cap. 3. num. 1.* & ibi Cagnol. *num.* 116. D. Anton. de Menes. *ibidem*, *num.* 38. alij tamen abeunt in tertiam opinionem, vt scilicet supplementum solum sit in obligatione, res autem ipsa in facultate soluentis, de quo Raphael Fulg. *in dict. l. 2. num.* 9. & quamuis hæc tertia opinio Fulgosij ab omnibus semper reiecta, singularis semper extiterit, nobis Hispanis
27 certè, ni fallor, maximè aduertenda est; iure enim nostro probata esse videtur, *l. 56. tit. 5. part. 5.* quem textum & nostri & exteri securè pro Canonistarum opinione adducunt, perperam quantùm existimo; verba enim eius legis pro Fulgos. aperta sunt, neque inductione egent vlla, ibi: *E si el vendedor esto pudiere prouar, puede demandar al comprador, qual cumpla sobre aquello que auia dado por ella, tanto quanto la cosa entonce podria valer, segun derecho, è si esto no quisiere fazer el comprador, deue la desamparar al vendedor, e recebir del el precio que auia dado por ella.* Quæ verba non patiuntur vt aliò retorqueri possint, vllo colore quæsito. Imò verba ipsa nouioris constitutionis, titulo *de las ventas*, si maturè pensentur, idem probant, ibi: *Mas que el comprador sea tenudo de cumplir el precio que valia la cosa al tiempo que fue comprada*; quasi id sit in obligatione ex verbo, *sea tenudo*: ast quæ sequuntur verba, *o la dexar al vendedor*, intelligenda sunt iuxta legem Partitæ, scilicet si priorem casum non elegerit emptor, ad quem tenebatur; quod quidem efficiet vt sustineatur hodie in Hispania libellus, qui concludat solùm supplendum esse sibi iustum pretium, vel solum esse sibi restituendum, vel vtrumque, dummodo aptam contineat narrationem læsionis vltra dimidiam: quicquid enim horum petas, præmissa apta narratione læsionis vltra dimidiam, emptor vel supplere iustum pretium, vel rem tradere potest. In quo tamen praxis apud nos admisit
28 consilium Bart. *in dict. l. 2. num.* 13. vt vel res tradatur, vel suppleatur iustum pretium, quod securius est, & huic sensui magis quadrant & conueniunt verba nouæ constitutionis inter regias constitutiones, quæ vtrumque coniunxit, nisi eam, vt diximus, intelligas iuxta dictam legem 56. vt quadrent ambæ. Hanc conclusionem libelli magis agnouerunt veteres, tradentes in actione multiplici & variè accepta iudicium sustineri, si pars quæ apta legi est, in libello reperiatur, etiamsi cum apta inepta quoque coniuncta sit; in hoc
29 enim facto plus potest ea pars quæ iuuat, quàm ea quæ noceat. Iason *in l.* 1. §. *sed si mihi*, *num.* 14. *ff. de verborum*: & quæ ipse adducit, & adducit plures. Alexand. *cons.* 105. *lib. 3. ad fin.* quamcunque enim opinionem teneas, quantùm ad libellum, in potestate est quidquid velis postulare; si supplemmentum intentes solum, habes iure nostro Hispano dictam legem 56. si ad rem indistinctè ages, habes Accursium, & qui eum sequuntur: si ad vtrumque, consultiùs facies cum Bart. quidquid egeris, sine timore esto, nec vnquam adimes emptori electionem illam, ex Bald. *in dict. l. 2. num.* 19. idque fatentur singuli suarum opinionum authores.

Igitur ex his quæ verissima sunt, patet etiam in actione legis 2. solere iuxta

Accursij

Accurſij ſententiam rem indiſtinctè peti; imò ipſam ſolam eſſe in obligatione, ſupplementum verò in poteſtate emptoris conuenti, vt nihil mirandum ſit in caſu gloſſæ dictæ legis *ſi quidem, Cod. de prædiis & aliis rebus minor.* quod res omnino veniat petenda, & reſciſſio contractus; & præmiſſa apta narratione ſolius læſionis in pretio, non verò alienationis, emptor, reuſque conuentus reſciſſionem contractus, & rei reſtitutionem vitet, iuſto pretio oblato: cùm enim hoc impetret minor Eccleſiáve beneficio reſtitutionis minorum, ſi ex cauſâ iudicati reſciſſio contractus ſequatur; quia verò læſio in ſolo pretio proponitur contigiſſe, meritò offerendo pretium emptor reſtitutionem vitat, ſicuti *in l. 2.* retentâ Accurſij ſententiâ.

Eſt autem hæc animaduerſio vtilis minoribus & Eccleſiis, qui vellent ſæpiùs contractus obſeruari iuſto pretio reſarcito, & vtilior pro Bald. *in l. quæ ſub conditione, §. ſi quis, ff. de cond. inſtit.* & ibi Albericus, Angel. & Paul. & Iaſ. *in l. vbi pactum, num. 3. Cod. de tranſact.* Anton. de Burg. Catellian. Cotta, Socinus, Caſſadorus, Decius, Cagnolus, & alij relati per Pinel. *in dict. l. 2. part. 3. cap. 1. num. 5.* quod pro Bald. retulit Couarr. *in cap. quamuis pactum, part. 3. §. 4. num. 8.* Dicebat enim Bald. venditorem, qui iurauit contractum venditionis, ſi aduerſus emptorem egerit, atque adeò libelli alternatiua poſtulatione concluſerit, aut rem ſibi tradi, aut pretium ſuppleri, periurum eum quidem eſſe, quia petendo rem agit contra iuſiurandum; ſecus autem dicendum eſſe ſi ad ſupplementum tantùm agat, quia tunc principaliter contra 30
contractum non agit, quia ſcilicet ſupplementum tantùm petit, cuius oblatio ipſum contractum magis confirmet: quam Baldi theoricam præter eos, quos ſuperiùs retuli, tenet vir magnæ authoritatis Gregor. Lop. cum admiratione *in dict. l. 56. tit. 5. part. 5.* & reuerà illa deciſio tot, tantiſque viris recepta habet eam rationem, quia qui ſupplementum petit, reuera ipſum contractum non deſtruit; imò magis confirmare ſtudet: quod ſi tu ſupplementum deneges, magiſque rem libens ac volens reſtituas, iam id non meâ culpâ factum intelligitur. Rurſum ſi ſupplementum offeras, nihil factum reperitur contra iuſiurandum. Contra Bald. tenent viri tres grauiſſimi, Couarr. *in dict. cap. quamuis pactum, part. 3. §. 4. num. 8.* Pinel. *in dict. l. 2. part. 3. cap. 1. num. 5.* indignabundus ferè. Dominus Anton. de Padil. *ibidem, num. 82.* quorum argumenta, quæ pauca ſunt, non adeò fortia ſunt, vt non poſſint facilè vitari, ex his quæ circa reſtitutionis hoc genus notauimus. Verum enim eſt, tantùm me agere non poſſe, quantùm iureiurando firmaui me non acturum: quod ſi verò iurauero me contra contractum illum minimè acturum vt reſcinderetur, quid obſecro obſtat, vt ſeruato contractu de minore pretio agam, in quo me læſum reperio? an occaſione illius iuramenti diteſcet ille cum mea iactura? quod ſi vnus & idem contractus eſt, diuerſa tamen eſt huius & illius partis ratio, quæ non vno & eodem iure, ſed diuerſo cenſentur: quod ſi mihi hoc indultum eſt iure, vt in pretio circunuentus, de pretio agam, obſeruato contractu, quid eſt quod prætextu ſacramenti, quod hanc partem non attingit, agere prohibear? Cùm autem dicta lex *ſi quidem*, & dicta lex *ſi res*, §. 1. hanc inuenerint viam, quâ læſus non in contrahendo, ſed in pretio agere poſſet; cur obſecro iuſiurandum de obſeruando & non reſcindendo contractu, viam

præcludet ad pretij æqualitatem, quæ diuerso iure censetur? quicquid ex authoritate horum, qui grauissimi sunt, video controuersum. Nec quicquam facit illa consideratio, quá hæc inuestigatio nullius momenti esse videri potuit, quia iustitia vel iniustitia contractus requirenda est, vt rescindatur, ex qua iurisiurandi vis & potestas dependet; aliud enim est, posse te intrepidè contra contractum agere; aliud quærere eam iustitiam, quæ sufficiens sit, vt & contra contractum, & contra iusiurandum agere possis. Adde quod etiamsi in hoc Senatu, & aliis supremis Senatibus Hispaniæ, ex vsu & antiqua consuetudine non sit necessaria relaxatio iuramenti ad agendum, sed pendeat ex iniustitia actus, qui gestus est; apud iudices tamen inferiores relaxatio necessaria est. In nostra autem specie audietur de supplemento agens, nec vlla indigebit relaxatione, ex Bald. & eis, quos retulimus, qui quoque sunt viri doctissimi, cuius probatio licèt *ex dict. l. si quis sub conditione*, §. *si quis*, non colligatur; colligi tamen facilè potest ex iuribus & rationibus suprà adductis, & mirè quadrant decisioni nostræ quæstionis, vbi læsio in pretio est; & sententia, licèt restitutionem rei contineat, illæsus tamen seruari contractus poterit, si supplementum offeratur; idque quousque rei iudicatæ actione agatur, quo casu magis confirmatur contractus, & magis iusiurandum obseruatur, perficiente contractum ipsa iusti pretij solutione, quæ deerat ad contractus iustitiam, quasi reiectâ è medio causâ, ex qua contractus perire poterat.

Quod verò attinet ad textum, quem Bald. allegat *in dict.l.quæ sub conditione*, §.*si quis*, *de condit.instit.* quoniam doctissimus Couar. *vbi sup.* respondendo ad Baldi inductionem, ipsamque refutando, existimat cum multis, ex duabus conditionibus alternatim ibi positis, reiectâ vnâ, alteram tantùm superesse, idque *dict. num.*8. *ad fin.* in vltimis verbis, secus existimandum est, ibi solum reiici quod turpe & impossibile est, alia autem remanere; denique in dispositione quacumque, quæ impossibile aut turpe aliquid contineat, id
31 quod turpe & impossibile est tantùm reiicitur, *ex l.turpia*, *ff.de leg.*1.§.1.& ibi Alexand. *num.*7. pro quo est textus *in dict. l.quæ sub conditione*, §. *quoties*, & Accursius ibi, *Si hæres iubeatur iurare factum faciendum, quod non sit de genere malorum, actiones hæreditarias non aliàs habebit, quàm si fecerit id quod iurare iussus fuerat, solo iuramento remisso.* Idque magis confirmatur ex regula legis *obtinuit*, *ff. de cond. & demonstr.* & §. *si impossibilis*, *institut. de inutilibus stipulationibus.*

32 Vnde *ad l.si quis ita institutus*, *ff.de condit.instit.* ibi, *Si quis ita institutus sit* (inquit Vlpian.) *si monumentum post mortem testatoris in triduo proximo mortis eius fecisset, cùm monumentum in triduo perfici non possit, dicendum erit conditionem euanescere quasi impossibilem*; Vlpianus quamuis dicit conditionem euanescere, intelligendum est, euanescere id quod est impossibile, non verò omnem conditionem: quoniam verò non est impossibile monumentum confici, sed tempus tridui, illud solum breuissimum tempus, propter quod conditio impossibilis visa est, reiicitur; conditio verò conficiendi monumentum remanet; & ita non remanet dispositio simplex & pura, sed conditionalis, si monumentum fiat; & pro hoc intellectu est textus expressus *in l.hac scriptura*, *ff.de condit. & demonst.* ibi: *Si iurauerit se decem daturum, aut monumen-*

tum

tum facturum: & ibi, *tamen compellitur facere id, quod facturum se iurare iussus est*; solo iureiurando remisso, quo iure remittebatur iusiurandum, *l. non dubitamus*, *ff de condit. & demonst.* Vnde *in dict. l. quæ sub conditione*, *§. si quis sub iurisiurandi*, non est dicendum reiici alteram conditionem, quæ sub iureiurando fuerat concepta, sed remanere conditionem remisso iuramento; & ita remanere dispositionem sub conditione alternata, non verò sub vnica duntaxat conditione, quæ iurata fuerit, vel non fuerit; quod existimabat doctissimus Couarruuias contra hæc iuris principia; & ante eum sic intelligebant Albericus & Iason *in l. si mihi & tibi*, *§. si quis seruos*, *ff. de leg.* 1. Loquuntur tamen contra iuris rationem. Meliùs Alexand. *vbi sup.* hæc explicuit, remittens impossibile aut turpe, non verò ipsas dandi, faciendíve conditiones, quæ sub iureiurando præstando fuerant conceptæ. Ipsemet Couarr. aliud agens *in dict. cap. quamuis pactum*, 1. *part.* §. 3. *num.* 7. *vers. primum*, posse id sentiebat, & meliùs in casu dicti §. *si quis iurisiur.* & pro Alexand. est nobis lex 6. *titul.* 4. *part.* 6. vbi iusiurandum remittitur manente obligatione faciendi. Quod autem attinet ad literam dicti § *si quis*, *in fine*, quoniam subobscura est, ita debet concipi ibi, vt aut pareat conditioni, aut iuret: illud quidem videndum 33
est, nunquid ei remitti conditio non debeat, quia potest alteri conditioni parendo esse securus (scilicet parendo conditioni quæ non fuerat iurata;) & est verius, remittendam conditionem (scilicet remittendum iusiurandum,) ne alia ratione (id est si non remittatur iuramentum,) conditio altera (id est conditio quæ iurata non fuit,) vrgeat eum ad iusiurandum (scilicet quia potest fieri vt non possit hæres adimplere conditionem non iuratam:) & ita nisi iuramentum reiiceretur ab altera conditione, cogeretur iurare, quia alteram adimplere non posset. Tollitur ergo iuramentum, & manet dispositio sub alternata conditione, ita vt si vnam non possit adimplere hæres, ad alteram confugiat.

Ex his omnibus, quæ diximus ad glossam *in dict. l. si quidem*, & *ad l.* 2. *Cod. de rescind. vend.* patet intellectus *ad l. fin. tit. fin. part.* 6. quæ lex difficilis est, & 34
solet torquere animos Hispanorum; quam vt intelligas, reuocandum est in memoriam, esse quidem de restitutione duplex edictum: alterum quod fauet minoribus; alterum verò quod maiores quoque tuetur: vtrumque in eo, quod dolo, aut circumuentione, aut leuitate sua amiserunt. Illud est per totum Digestum *de minorib.* hoc verò per totum Digestum & Codicem *ex quib. causis maiores.* Præterea aduertendum est, hisce edictis ambobus iuuari Ecclesiam, Principem, & Rempublicam; modò enim restituuntur vt minores, *cap.* 1. & per totum *de in integ. restitut.* modò quoque vt maiores, in his, in quibus maioribus per restitutionem solet succurri, *l. in contractibus*, *Cod. quibus ex causis maiores*, & *l.* 2. *Cod. de rescind. vend.* modò constat Ecclesiam iuuari edicto minorum, *cap.* 1. *de in integ. restit.* nec solùm si dolo aduersarij sit circunscripta, sed etiam si per imprudentiam administrantium, ex glossa *in* 35
dict. cap. 1. iuncta rubrica & titulo, si tutor vel curator interuenerit. Bernardus Diaz de Lugo *in reg. Ecclesia*, bis ausus est dicere, edictum non induci, nisi quando Ecclesia dolo aduersarij fuerit circumscripta, non sui facilitate; quia existimat istam facilitatem non reperiri in administratoribus rerum Ec-

clesiæ: sed omnia quæ concedimus minoribus, Ecclesiæ concedenda sunt, nec potest discrimen assignari in hac re.

36 Præterea minor post quadriennium numerandum à tempore maioris ætatis non restituitur, etiamsi alleget damnum eminentissimum; & tamen Ecclesia post quadriennium iure minoris restituitur, si allegat damnum eminentissimum: glossa recepta *in cap.1. de rest. in integ. verbo causa*, *lib.6.* sed intra quantum tempus Ecclesia post quadriennium audiatur, vide Rodericum Suar. Hispanum *allegat.21.* qui ait concedendum esse Ecclesiæ alterum quadriennium: contra Suar. tenent reliqui Hispani, Couar. *variar. resolut. lib.1. cap.3. num.12.* & tenuerat Emanuel Costa *in §. Et quid si tantùm*, *part.2. num.83.* & in effectu tenet Bernard. Diaz de Lugo *vbi suprà*, & Gregor. Lopez *in dict. l. fin. part.6.* qui asserunt tribuendum esse Ecclesiæ spatium 30. annorum; & licèt

37 ita arbitrentur, verius esse asserimus in hoc casu dari 40. annos, *authentica quas actiones, Cod. de sacrosanct. Eccles.* tenet Imol. *in cap. ad nostram*, *num.7. de empt. & vendit.* quam communem dixit Cagnol. *in l.2. Cod. de rescind. vend. num.32.* & est nobis lex 26. *tit.29. part.3.* & hoc sentiebat Gregor. Lopez *in dict. l. fin. tit. fin. part.6.* Omnes tamen, excepto Emanuele Costa, vt contra Roder. Suar. concedant 30. annos, iure nostro allegant dictam legem *fin. tit. fin. part.6.* Quæ cùm difficillima sit, intelligitur, vt tradit Couar. *vbi suprà*, *num.13.* vt prior pars dictæ legis finalis loquatur in restitutione in integrum, quæ iure ordinario in quadriennio petenda est; pars verò posterior,

38 quæ incipit, ibi: *Pero si el menoscabo fuesse tan grande*, sit quædam exceptio, vel interpretatio, vt si læsio enormis sit, quæ dimidium iusti excedat, loco quadriennij 30. anni competant; vnde vtraque pars, & prior, & posterior intelligitur de restitutione in integrum, quæ competit Ecclesiæ, Principi, vel Reipublicæ iure minorum; qui intellectus id agit, vt ex hac restitutione contractus, qui gestus est, rescindatur, sicuti rescinditur à minore qui in integrum restitutionem postulauit intra quadriennium. Retenta autem hac opinione possunt conciliari dicta lex finalis, *tit. fin.* cum dicta lege 26. *tit. 29.* vt licèt Ecclesiæ non possit interimi ius ex capite præscriptionis, nisi transactis quadraginta annis; ipsa tamen si læsa sit intra triginta annos, debeat in integrum restitutionem postulare; quæ inæqualitas meritò suspecta videri potest altiùs intuenti hanc rem, expendentique authenticam *quas actiones, C. de sacros. Eccles.* Pone ex eodem contractu mecum inito Ecclesiam læsam: quid obsecro est, quod ego ante quadragesimum annum securus esse nequeam, & Ecclesia agere non possit post triginta annos? si post trigesimum annum non auditur Ecclesia, *ex d. l. fin.* quorsum quadraginta expectantur, *ex d. l.26.* quod præcipuè obtinet in causis, in quibus necessaria sit Ecclesiæ in integrum restitutio. Animaduertimus autem, hanc pugnam inesse respectu Ecclesiæ, quia dicta lex finalis loquitur in Principe, Republica, & Ecclesia; ideò dicta lex finalis difficilis est: vnde Emanuel Costa intelligit dictam legem finalem quando Ecclesia iure maioris peteret restitutionem in integrum, ob pretij modicitatem, ratione deceptionis vltra dimidiam iusti pretij, iuxta dictam legem *in contractib. C. ex quibus causis maiores*, & dictam legem *2. C. de rescind. vend.* egregius textus *in d. l. domum, ff. de contrah. empt.* quo casu cùm possit intendere & impetrare in integrum

tegrum restitutionem iure maioris, non potest iure minoris postulare, ex glossa recepta *in l.1. Cod.si aduersus fiscum*: & ita intelligimus à Principe, Ecclesia, & Republica posse postulari in integrum restitutionem, non tanquam minoribus, sed tanquam maioribus, ratione parui pretij, quod non exæquet dimidium iusti pretij; idque intra trigesimum annum, *ex dict.l.fin.* cuius verba, quæ de restitutione sunt, ad hanc restitutionem sunt referenda, non ad restitutionem iure minoris; neque obstat quod ait Couarr. *dict.num.13. ad fin.* quod ex hac restitutione contractus omnino rescinditur. Nam ex dicta glossa *in l.si quidem*, de qua agimus, quando restitutio petitur ex causa modici pretij, non statim contractus rescinditur, sed est electio, sicuti *in dict.l.2. Cod. de rescind.vend.* & est verissimum, quod licèt aliàs priuatis remedium dictæ legis 2. competat intra quadriennium, tamen *ex dict. l. fin.* competet Ecclesiæ, Principi, vel Reipublicæ intra 30. annos; id tamen retenta hac interpretatione Emanuelis Costæ, per restitutionen in integrum, iure maioris *ex dict.l. in contractibus*, ratione deceptionis pretij vltra dimidiam, in qua restitutione omnino non auocatur res, sed est electio, sicuti in casu dictæ legis 2. ex glossa *in dict.l. si quidem*, ad quam hæc adduximus, & retento hoc sensu quadrant dicta lex *fin.tit.fin.* & dicta lex *26. tit.29.* & cessat inconueniens, Couarr. *d. num.14.ad fin.* quod res ex hac restitutione indistinctè raperetur. 39

Præterea dictum Baldi ex eo magis confirmatur, quia ex his quæ diximus, 40 etiamsi Legistarum verior sit opinio, vt in casu dictæ legis 2. *Cod.de rescind. vend.* libellus concipi debeat alternatiuè per legem 1.*Cod.si maior factus alienationem sine decreto*, licèt ipsi Canonistæ contra iura in contrariam ierint sententiam, de qua suprà; in casu tamen nostro, in quo de restitutione agimus, libellus concipi alternatiuè non potest, quia ex natura restitutionis sola res est in obligatione. Ratio differentiæ ea est, quia actio bonæ fidei *in dict. l.2. Cod.de rescind.vendit.* competit ad vtrumque ex eius exuberantia; sed vbi contractus est stricti iuris, tunc remedium dictæ legis 2. daretur; ita tamen vt sola res peteretur, solaque rei restitutio videretur esse in obligatione, & supplementum iusti pretij in soluentis facultate, idque secundùm probabilem opinionem Beroi *in dict.c.cùm dilecti, de emptione & vend.numer. antepenult.* iudicium autem in integrum restitutionis rectè applicatur iudiciis stricti iuris, non 41 autem bonæ fidei; neque enim passim, neque vbique, neque omnibus conceditur, sed cum causæ cognitione, præmissâ apertâ læsionis probatione, intra certum tempus; ita demùm cùm nullum aliud remedium est. Tum etiam quia non refertur inter iudicia bonæ fidei: in iudiciis autem stricti iuris non competere actionem alternatiuam tenet Bart. *in dict. l.2. num. 5.* idem Bart. & 42 reliqui *in l.si quis cùm aliter, ff.de verb.* vbi Iason refert *num.* 18. esse communem opinionem, præter Beroum vbi suprà, dicunt quoque communem Antonius de Burgos *num.15. & 23.* Imola *num.13. in dict.cap. cùm dilecti.* Cagnolus *in dict.l.2. num.65. & 68.* qui post Alexand. & alios cùm neget competere actionem alternatiuam, asserit competere condictionem indebiti. Quicquid sit, quod nunc non prosequor, minoribus certè competit ex supradictis restitutio, quæ cùm stricti iuris sit, alternatiuè certè concipi non potest, sed ad rem ipsam est recipienda, cuius rei restitutio, ex glossa *in dict. l. si quidem*, de

de qua agimus, vitabitur oblato pretio iusto; & cùm vera sint, satis tuentur opinionem glossæ & Baldi ibi; si enim in casu dictæ legis 2. *de rescindenda vendit.* remedium eius legis in contractu stricti iuris alternatiuè non concipitur, sed res petitur, & supplementum est in potestate soluentis, quid mirum restitutionem ob pretij exiguitatem ad rem quoque concipi, vitari tamen oblato iusto pretio, quæ est decisio dictæ glossæ & Baldi *in dict. l. si quidem*, quam impugnabat Pinel. *vbi sup.*

Vtilitas autem eius inuestigationis, quam adduximus *ad dict. l.2.* an res sit in obligatione, an pretium, an verò vtrumque, perspecto iure nostro maxima est; quia si sola res est in obligatione, in potestate autem soluentis supple-
43 mentum iusti pretij, idque vsque ad executionem rei iudicatæ, si res pereat fatali necessitate sine culpa aliqua, vel dolo, nulla superest obligatio, cùm pretium in obligatione non contineatur, neque ad id precisè agi possit: boni autem hoc casu consulere debet venditor, quod res aliquo pretio vendita sit, quæ apud se fuerat quoque peritura, *ex dict. l. si res*, §. 1. suprà adducta, *ff. de iure dotium.* Faciunt ad hanc conclusionem quæ adducit doctissimus Couar. *variar. lib.2. cap.4. num.14. ad finem.* Dominus Antonius de Meneses *dict. l.2. num.37.* Pinel. *ibi 2. part. cap.1. num.36.* vbi in casu dictæ legis 2. retenta Canonistarum sententia liberat emptorem, cùm pretium* debeatur respectu rei, non verò simpliciter, ex Bart. *in l. quod te mihi, ff. si certum petatur*, vbi Iason *num.15. ex l.1. §. fin. ff. si cui plusquam per leg. Falcid.* quam opinionem aduertit doctissimus Couar. *vbi suprà.* Si ergo in casu dictæ legis 2. mortalitas liberat, quia apud venditorem mori poterat res empta, non solùm quando res est in obligatione, sed quando alternatiuè concipitur libellus, vt diximus, nihil mirum quod eadem liberet in nostra hac restitutione, vbi res est in obligatione, pretij verò supplementum in facultate emptoris: vnde illud perpetuò memineris, si compertum habeas rem emptam apud emptorem periisse fatali necessitate, confuge ad opinionem Fulgosij, & dictæ legis 56. *tit. 15. part. 5.* & supplementum pete, quod cùm ex dispositione illius legis solùm videatur positum & situm in obligatione, vti suprà adnotauimus, non poterit ex mortalitate euitari iusti pretij supplementum.

Præterea ex his, quæ notauimus ad glossam *in dict. l. si quidem*, est vtilis declaratio *ad l.1. Cod. si aduersus venditionem*, & *ad l. 1. & 2. Cod. de vendendis*
44 *rebus ad ciuitatem pertinentibus*, & *ad l. Lucius, § fin. ff. ad municipal.* & *ad l.5. tit. fin. part.6.* quod post perfectam venditionem sub prætextu maioris summæ oblatæ, perfecta semel venditio reuocari non possit, vt scilicet si ciuitas de minori pretio agat, quod læsionem contineat vltra dimidiam, vltra quadriennium audietur quidem, ex restitutione in integrum iure maioris intra triginta annos, *ex d. l. fin. tit. fin. part. 6.* quia hoc quoque casu, sicuti in glossa *in d. l. si quidem*, directò contractus non infringitur; euitatur enim rescissio oblato iusto pretio, nihilque fit contra dictam legem 1. & 2. & dictam legem 5. *tit. fin. part. 6.* atque hæc interpretatio aptanda est ad ea quæ tradunt Matthæus de Afflict. *in decisionib. quæst.340.* Rochus *in cap. fin. de consuetudine, fol. mihi* 48. Auendañ. *de exequendis mandatis Regum Hispaniæ, 2. part. cap.12. num.12.* qui omnes retenta specie dictæ legis 1. & legis 1. & 2. & legis *Lucius*, §. *fin.* & dictæ legis 5. *tit. fin.*

fin. part.6. negant restitutionem in integrum concedi ad infringendam venditionem, vt ea restitutio concedenda sit, de qua glossa *in dict. l. si quidem*; quæ 45
innitatur in læsione modici pretij, quoniam hæc directò non rescindit contractum, aut venditionem, quoniam in facultate emptoris est supplere iustum pretium, obseruato contractu; quo supplemento magis venditio confirmetur, vt diximus. Atque hæc ferè pertinent ad dictam glossam *in dict. l. si quidem*, quam Pinellus impugnat ex his fundamentis, quæ superiùs adduximus; illa tamen recipienda est, & vtilitatem continet: & quod attinet ad nostrum institutum, etiamsi hoc casu emptor libens, ac volens tradat rem, dum pretium supplere nequit, adhuc contra Salycetum *in dict. l. 2. de rescind. vendit.* qui occasionem dedit nobis dictam quæstionem interpretandi *dict. glos. in d. l. si quidem*, obtinendum est, consecuturum emptorem suas expensas & meliorationes, neque erit differentia illa inter restitutionem, & remedium dictæ legis quantum ad hoc; nunquam enim remittere existimatur meliorationes suas, vt sæpiùs aduertimus.

Rursum alia inuestigatio est, quæ pertinet ad emptorem, in hoc expensarum & meliorationum tractatu, vtilis & quotidiana, quæ luce eget, vt in- 46
telligi possit; ea autem est circa onera, & tributa ab emptore soluta occasione emptionis, à quo ea sibi conseruet emptor, rescissa venditione, vtcumque rescindatur, siue per in integrum restitutionem, siue ex remedio legis *2. C. de rescind. vendit.* vel quia cum pacto de reuendendo fuerit concepta: putà decima soluta est, laudemium domino, à quo sibi conseruauit ea onera, quis soluerit? quis ex hac causa expensurus est? an quippiam sibi reseruet emptor rescisso contractu? in quo Pin. *in l. 2. de rescind. vend. part. 2. c. 3. n. 35.* duplicem quæstionem attingit, scilicet, an rescisso contractu ex causa restitutionis in integrum, vel ex alia quacumque causa, dominus, qui laudemium accepit, vel releuium, teneatur restituere; & in hac quæstione censet cum Carol. Molin. *in consuetudinibus Parisiensib.* §. 22. *titul.* 1. *num.* 18. *& seq.* posse à domino feudi, vel à domino directo rei emphyteuticæ laudemium, vel releuium recuperari, rescisso contractu emphyteusis, vel feudi, vtcunque rescindatur: diuersum autem constituit in gabella soluta ex tali contractu. Pone dominium, fundum emptum, vel rem emphyteuticam venditam ex consensu domini, quinquagesimam solutam domino, item & releuium; fit vt emptio illa rescindatur, vel edicto minorum, vel ex pacto, vel alia ex causa. Pone quoque gabellam esse solutam rescisso contractu, quæritur, an releuium & laudemium repeti possint, an & gabella, quæ fisco soluta est? tenent laudemium, & releuium repeti posse, gabellam non item; & ita iudicatum Parisiis tradit Molineus vbi suprà, *num.* 33. rationem differentiæ eam esse ait Molineus, quòd iura feudalia & emphyteutica, quæ tribuunt domino reuelium, vel laudemium, concernunt mutationem vassalli, vel emphyteutæ; vnde si reuerà vassallus, vel emphyteuta mutati non sint, laudemium vel releuium non debentur, vnde dominus restituere tenetur: at verò ius gabellæ respicit merum factum emptionis & venditionis, non mutationem vassalli, vel emphyteutæ; ex qua causa pronum est, gabellam non repeti. Hæc Molineus, quæ approbat Pinellus *vbi suprà*, & vterque loquitur indistinctè, siue rescindatur

contractus aliàs validus, siue annulletur; immò ipse Pinellus eam traditionem recipit in casu legis 2. *Cod.de rescind.vend.* vbi aliàs contractus perfectus
47 rescinditur, non oblato iusto pretio. Ego certè in proposita specie, scilicet in qua contractus annullatur, libens ac volens existimarem repeti laudemium & releuium; item & gabellam, quia ita intelligenda est venditio facta, ac si nunquam facta intelligeretur, *l.facta*, *ff.de ædilitio edicto:* namque ex contractu nullo non debetur neque gabella: textus *in l.2.Cod.de eunuchis*, ibi, *& eos qui octauam, vel aliquid vectigalis causâ pro his susceperint, eidem pœnæ subiiciendo*: vbi Salycet. id tenet. Optima decisio ad Abbat. *in additionibus*, *in cap.1. de constitutionibus*, *n.9. litera D*, *verbo Gabella*, vbi plura ad gabellam quotidiana, quando & quomodo fraudari possit; immò licèt contractus valeat, si in continenti partes ab eo recesserint, non autem ex interuallo, non debetur gabella, quia de hoc ita iudicamus, ac si nunquam factus esset. Pau-
48 lus *in l.iuris gentium*, §.*adeò*, *ff.de pactis*, *num.2.* Iason *in l. possideri*, §.*Nerua filius*, *ff.de acquir.possessione*, Bald. *in dict. l.2. Cod. de eunuchis*, & *in l.non dubium*, *Cod. de legibus*, Bertachinus *in tract. de Gabellis*, *part.8. quæst.5.* latè tradit Carolus Molineus *dict.*§.22. *num.32.* & in hoc casu quando contractus est nullus, verissima est hæc conclusio, quod nedum laudemium, vel releuium, sed neque gabella debetur, & soluta repetitur, quia indebita: quod si contractus semel valeat, ex causaque non annulletur, sed rescindatur, quæ duo plurimùm differunt, certè quod attinet ad gabellam certissimum est, quod à fisco non exigitur, *l.70. Tauri*, quæ optima est &: ita debet intelligi Bald. *in l.2. Cod. de ædilitiis actionibus*: & licèt intelligas dictam legem 70. Taurinam, in casu de quo proximè dicemus, scilicet quod ibi emptor soluit gabellam, quæ aliàs erat soluenda à venditore, attento nostro iure Hispano, idque ex pacto conuento, & necessario ita intelligenda est, quia non nisi ex pacto gabellæ solutio ad venditorem nostro iure pertinet, quasi lex 70. velit, vt vniuersa restituantur emptori, nihil autem decidat circa nostram quæstionem, an scilicet à fisco repetatur gabella, quod *dict.l.*70. non est decisum: sed id resoluunt Molineus, & Pinellus *vbi suprà*, vt rescisso contractu gabella remaneat fisco, quia soluitur propter simplicem actum venditionis, nihilque aliud requiritur vt gabella soluatur: denique quod attinet ad gabellam, considerandum est, an actus qui geritur, sit nullus, vel validus, etiamsi rescindatur, ita vt ex hoc meritò soluatur gabella, ex illo verò minimè: in laudemio, & releuio contrarium existimabat Molineus & Pinellus, vt ex contractu etiam valido, qui per restitutionem, aut alio quouis modo rescindatur, omnino repetantur à domino qui acceperit, quia cùm soluantur ex eo, quod emphyteusis, & feudum manum mutauerint, non mutata manu intelligunt non esse relinquenda releuia & laudemia penes dominum. In hoc autem casu, vbi contractus valuit, & dominus rectè accepit, quod sibi ciuiliter debitum erat, quod sit repetitio quasi indebiti, mihi certè durissimum est. Præterea duas rationes adducit ad hanc conclusionem suam Molineus *num. 36. & 39.* vtraque autem conclusionis suæ ratio in restitutione versatur; ait enim restitutionem in integrum extendi ad iura quæsita tertio, quando sunt ei quæsita ex causa quæ immediatè per restitutionem in integrum annullatur, ad quod allegat

allegat plures *dict. num.*36. & 37. & 38. deinde *num.*39. ait restitutionem in integrum, quæ conceditur per viam iustitiæ, extendi contra tertium, secus si restitutio concedatur ex gratia, vbi plures allegat: id tamen efficiet, vt in causa restitutionis id sit concedendum, extra eam verò minimè, vnde extra 49
causam restitutionis difficilis est assertio Molinei, qui quamuis *num.* 18. agat de lege 2. *de rescind. vend.* & retenta eius specie quærat, an repetatur laudemium, remittit ad quæstionem 4. & 5. quæ sunt *num.*32. & 33. Vbi de nullitate agit, postremò *num.*35. vbi de contractu valido, & rescisso agit, ad restitutionem in integrum confugit, in qua cùm expedita res sit, extra eam mihi satis dubia est, & pressiùs vrgenti respondebo, laudemium non esse restituendum à domino, qui consensit venditioni rei emphyteuticæ, etiamsi postea ex pacto, vel consensu, vel ex remedio legis 2. *de rescind. venditione*, venditio rescissa sit, quia verè mutauit emphyteusis manum, & verè emphyteuta nouus extitit emptor; idemque de releuio intelligendum est, pro quo multa faciunt quæ adducit Molineus *dict.* §. 22. *num.* 5. 6. & 7. & quæ disputant scribentes *in dict.l.*2.*de rescind.vend.* de hypotheca inducta ab emptore, an perimatur rescisso contractu, quod alibi meliùs: præterea cùm remedium dictæ legis 2.*de rescind.vendit.* in Gallia duret toto decennio, vt tradit idem Molineus vbi suprà, *tit.*1.§.22. *num.*47.*ad fin.* an ferendum est, vt toto hoc tempore dominus totus non sit, qui laudemium accepit, vel releuium, nec dicatur mutata manus, vel emphyteusis; quin potiùs adhuc in restitutione, nisi in continenti fieret, aut modico ex interuallo, existimarem cum Paulo vbi suprà, non esse repetitioni locum eius quod modis omnibus debebatur, & iure solutum sit: adde quod Molineus *dict. num.*33. vbi ait iudicatum in supremo Parisiensi Senatu pro sua illa opinione, obscurè admodum proponit fa- 50
ctum, ita vt nequeas satis ex eius verbis ad nullitatem, vel ad rescissionem actus referre; imò vtrumque confundit, ait enim donationem fuisse rescissam, aut alia ratione annullatam. Iniqua facti referendi ratio, vnde ius non nisi confusè educere possis; & licèt verum sit, restitutionem ius quoque labefactare tertij, quod quæsitum sit ex actu, contra quem impetratur restitutio, ex his quæ adducit ipse Molineus *dict. num.* 36. illud tamen ita accipiendum
est, si opportunè & commodè petatur, quod attinet ad nostram quæstionem; 51
neque enim spes restitutionis, quæ peti potest, impedit ciuiles effectus, qui possunt medio tempore accidere: textus *in l.quod si minor*, §.*Scæuola*, *ff.de minoribus*, vbi spes restitutionis non impediuit delationem hæreditatis substituto, & docuit Bart. *in l.*1. *num.*29. *ff. de vulgari*: vnde etiamsi minor vendidit accedentibus solennibus ad celebrandum contractum ex consensu domini, emphyteusim, & laudemium domino soluit; & quamuis possit intra tempus vtile petere restitutionem læsus, spes illa restitutionis non impediuit ciuiles effectus, & verè aperta est emphyteusis, & mutata verè manus, & dominus rectè accipit laudemium verè debitum, secutaque causa est, cur acciperet: & licèt solutio laudemij habuerit causam à contractu, tamen aliam habet rationem iuris minor aduersus emptorem, & eam fortiorem, quam aduersus dominum, quæ debilior est: negotium illud cum domino finitum est, cum emptore pendet tempore vtili ad restitutionem; emptor enim ex restitutione im-

 petrata

petrata acceperat indebitum; at verò dominus debitum ex mutatione manus, & emphyteusis; habet enim minor sæpè aduersus eum cum quo gessit, restitutionem, non verò aduersus tertium, qui quippiam sibi debitum habet, *l. in integrum, ff. de minoribus, dict. §. Scæuola*, vbi minor restitutus, intelligendus est non restitui aduersus tertium, qui rem destructam habet, sed aduersus pretium duntaxat. Cùm ergo patronus habuerit causam ex mutatione emphyteusis, quæ verè mutata est, quæ causa licèt habuerit occasionem ab ipso contractu, tamen non dependet ex contractu, quia solus contractus non mutauit manum, sed traditio rescisso contractu, non rescinditur ius illud tertij. Simile est quod diximus ex repudiatione facta à minore; secuta est aditio substituti, solutio legatorum, & distractio rerum; restituitur minor, securi sunt emptores rerum, quia licèt ea venditio dependeat ab actu contra quem restitutio impetratur, tamen habet separatam causam, & alium iuris effectum; spes enim illa restitutionis non impediuit alienationes, neque solutiones rectè factas, *dict. §. Scæuola*: ergo nec solutionem factam domino. Aliquando enim ex æquo & bono restitutio minoribus negatur, etiam in eo, in quo læsi aliàs videri poterant. Alexand. *consil. 67. lib. 5. ad fin. l. fin. l. ex causa, in principio, ff. de minoribus*: æquum enim est, vt in eo restituatur, in quo læsus est. Cùm autem minor læsus in pretio est, aut in repudiatione, æquum est vt omnia ei restituantur, quæ læsionem eam attingant; non reliqua, quæ extra læsionem sunt: vnde Molinei opinio non est facilè accipienda contra dominos, extra causam nullitatis, vel saltem restitutionis, scilicet, si ex pacto, vel libentes decesserint, vel ex remedio legis 2. *de rescind. vendit.* à contractu facto: magis æquum est, vt ius conseruetur domino ex hac causa, quæ voluntaria est, non necessaria, multoque minùs si rescissio sequatur, ex remedio dictæ glossæ *in l. si quidem, Cod. de prædiis & aliis rebus minorum.*

52 An verò ex rei venditione, quæ fit ex pacto de retrouendendo, vel ex necessitate rei iudicatæ, vel ex redhibitione debeatur domino tributum, siue illud sit publicum, siue priuatum, latè distinguit Molineus vbi suprà, §. 22. *quæst. 3. num. 11. & 13. gloss. 5. quæst. 2.* Pinellus *in dict. l. 2. Cod. de rescind. vendit. cap. 3. num. 36.* breuiùs latè Tiraq. *de retractu conuentionali. § 6. glos. 2. à num. 3. vsque ad num. 19. & seq.* Cagnolus *in l. 2. de rescind. vendit. n. 237.* distinguunt inter voluntariam resolutionem contractus, & necessariam ex pacto apposito in priori contractu, vt ex illa debeatur, ex hac minimè.

53 Alia autem inuestigatio est longè ab hac aliena, an emptor repetat à venditore, vel venditor ab emptore hæc ipsa tributa & onera? & receptum est in omni genere rescissionis, vt qui contractum resciderit ex quacunque causa, siue pacti, siue læsionis, soluere debeat alteri quicquid vel fisco, vel domino solutum sit. Tiraquel. *de retractu lignagier, §. 26. glos. 4. num. 1. cum sequent. & 20. & 21.* Cagnolus *in dict. l. 2. de rescind. vendit. quæst. 82. num. 236.* dicens ita fuisse iudicatum, & refert Baldum & Cynum *in l. neque, Cod. de hæredib. instituend.* pro quibus textus *in l. debet, ff. de ædilitio edicto*, ibi: *Quid ergo si fortè vectigalis nomine datum est quod emptorem fortè sequeretur? dicimus hoc quoque restituendum, indemnis enim emptor recedere debet: l. cùm autem, §. iubent*, ibi: *Iubent* (inquit Vlpianus) *ædiles restitui & quod venditioni accessit,*

&

& si quas accessiones ipse praestiterit, vt vterque resoluta emptione nihil amplius consequatur, quàm haberet, si venditio facta non esset. Et facit generalis constitutio Pauli *in l. facta, ff. eodem. Facta* (inquit ille) *redhibitione, omnia in integrum restituuntur perinde ac si neque emptio, neque venditio intercessisset.* Vnde cæteras iuris partes hac iuris ratione trahunt scriptores, & meritò, scilicet ad casum legis 2. *de rescind. vendit.* Pinellus, contra Iacobum Curtium Burgensem *in dict. l. 2. part. 2. cap. 3. num.* 38. ad retractum iure sanguinis, & pactum Tyraquel. & alij, de quibus suprà; vnde dimanauit decisio textus *in l. 70. Tauri*, vt gabellam quoque conseruet sibi emptor à venditore, quod est tributum publicum, si emptor eadem soluerit; quia *ex dict. l. debet*, & *l. facta*, resoluta emptione hoc quoque nomine expenditur, vt emptor, vel venditor vterque alteri teneatur de eo, quod tributi causâ erogatum sit. 54

55 Præterea ad emptoris ius circa expensas & meliorationes illud quoque pertinet, quod si rem emerit hypothecatam, posteaque suis sumptibus & expensis meliorem fecerit, si creditor ex hypotheca agat, vt aut debitum sibi soluatur, aut res tradatur obtinenda iure pignoris, quousque debito satisfiat, quod creditor hypothecarius petere potest, *l. 2. Cod. si vnus ex pluribus hæredibus*, vbi Bart. *cap. ex literis, de pignoribus*, licèt alij aliter hunc libellum concipiant; 56 hoc tamen est receptum Iureconsultis, & vsu forensi vsitatum, nempe vt debitum soluat, aut rem hyothecatam restituat. Emptor qui emit, obiicere potest causam de expensis & meliorationibus, quia meliorem effecit rem emptam suis sumptibus, vt meliorationes sibi soluantur, aut relinquatur res hypothecata, & melior facta retinenda, quousque soluantur expensæ, *l. fin. de censibus*, & *in l. qui agros, Cod. de omni agro deserto, lib.* 11. quæ duo iura allegat Molineus *in consuetudinibus, tit. 1. glos. 5. num.* 80. Ea tamen nihil faciunt ad hanc rem: mihi verò est textus expressus *in l. Paulus, §. penult. ff. de pignoribus. Domus*, inquit Paulus, *pignori data exusta est, eamque aream emit Lucius Titius, & extruxit. Quæsitum est de iure pignoris. Paulus respondit pignoris persecutionem perseuerare, & ideo ius soli superficiem secutam videri, idest cum iure pignoris; sed bonæ fidei possessores non aliter cogendos creditoribus ædificium restituere, quàm sumptus in extructionem erogatos, quatenus pretiosior res facta esset, reciperent.* Quod Pauli responsum mihi certè, & his qui rectè sentiunt de Iureconsultorum responsis, laniata ea fuisse, excisa, & veluti in frusta dissecta à compilatoribus Digestorum, sine pace, sine vlla concordia, sine vlla conciliatione pugnat cum responso Aphricani *in l. cùm postulassem, §. damni infecti, ff. de damno infecto*, in secunda parte, ibi: *Cur ergo non emptori id Accursius variè soluit: in glos. verb. tribuendum*, refert conciliationem ad bonam & malam fidem, deinde quod alibi facta erat res melior, alibi verò non: tertiò, quod alter Iureconsultus loquatur de iure rigoroso, alter de iure æquo: quartò quod missus in possessionem refecerit necessariò, emptor ex voluntate: postremò cùm omnes solutiones displiceant, & meritò, dispunctione vtitur, literamque alio modo componit quàm nunc scripta est. Bart. cùm omnes concordias Accursij reprobet, ad dispunctionem literæ accurrit. Paulus ibi confugit ad distinctionem quandam, quam etiamsi obserues, Iureconsultorum responsa non conciliabis: ait aliud in domino, aliud in creditore, aliud in vo- 57

luntaria, aliud in necessaria refectione, aliud in eo qui missus est in possessionem reficiente, aliud in emptore respectu creditoris; istud verò aliud, cur aliud sit, non explicat: cur, obsecro, missus in possessionem ex secundo decreto meliorationes suas recuperabit à creditore hypothecario, emptor non item: quæ diuersitatis ratio eius quod est decisum *in dict.* §. *damni*: quod si iure ita constitutum sit, idque visum est Aphricano, quid mouit Paulum vt contrarium constitueret *in dict.l. Paulus*, §. *penult.* Vtinam Molineus in hæc iura incidisset, non in illas leges, quæ nihil faciunt ad propositam quæstione · quod si legas literam illius textus interrogatiuè ab illis verbis, *cur ergo*, vsque ad verbum, *& possit & debeat*; vt ibi finiatur interrogatio, & responsio sequatur ab illis verbis, *quod non æquè & de eo, cui damni infecti non promittatur, dici possit*: quasi velit Iureconsultus æquare in hoc circa expensas ius emptoris, & eius qui iussus est possidere rem ex causa damni infecti, & verba illa, *quod non æquè*, intelligenda sint, id est, quod iniquè, & non rectè dici potest de emptore, & de eo cui damni infecti non promittitur: ita vt totius literæ sensus sit, non concedi possideri iusso ex causa damni infecti carere suis expensis, nec concedi creditori pignoratitio & hypothecario pignoris persecutionem, nisi ei expensas soluerit, idque vsque ad versiculum, *cur ergo*; deinde sequatur dubitatio, an idem dicendum sit in emptore, vsque ad versiculum *non rectè*; à versiculo, *quod non*, apponatur causa & ratio dubitationis, quæ possit concedere iusso possidere ex causa damni infecti recuperationem expensarum; emptori non item, quia iussus possidere coactus possideat, emptor ex voluntate accedat ad emptionem, qui potuerit expensas conseruare sibi à venditore, vt diximus isto capite. Postremò in versiculo, *quod non æquè*, sit decisio quæstionis, scilicet vt non æquè, id est iniquè, & non rectè de vtroque id dicatur; quasi dicat æquè, id est rectè & iure, & emptorem, & iussum possidere conseruare sibi suas expensas à creditore, & ita legendo quadrat apertè cum lege *Paulus*, §.*penultimo*, & cum priori parte dicti §.*damni*; ita vt nulla separatio sit inter iussum possidere, & emptorem respectu creditoris pgnoratitij & hypothecarij. Hanc tamen lectionem nullus hucusque codex agnouit, omnes ita dispuncti sunt, vt interrogationis signum habeant ad verbum illud, *pignoratum emerit*: & Accursius in verbo, *non rectè*, ait incipere responsum Aphricani. Hæc tamen lectio probari poterit facilè ex eo, quod nullam literam mutet, nec corrumpat, sed solam virgulam illam, interrogationis indicem, à verbo, *emerit*, transferat ad verbum, *& debeat*.
58 Præterea ratio illa dubitandi potuit non mouere Aphricanum, quia & emptor, & iussus possidere, vterque accedit ad rem, ex voluntate, non coacti: de emptore planum est: de iusso possidere patet, quia nisi id postulauerit libens ac volens, in iudicio à Præside, vel Prætore, pro tribunali sedendo, nunquam id impetrat, *l.dies*, §.*hoc autem iudicium*, *de damno infecto. Hoc autem iudicium*, inquit Vlpianus, *certam habet conditionem, si postulatum est: cæterùm qui non postulauit, experiri non potest: postulare autem hic propriè dicimus, pro tribunali petere, non alibi.* Hæc Paulus, ex cuius sententia tam emptor, quàm iussus possidere, libentes, & volentes accedunt, alter ad emptionem, alter ad postulationem cautionis & possessionis. Prætereà vterque necessariam

riam impensam impendere debet, & de deterioratione tenentur, si culpâ suâ res fiat deterior, cùm possint fulcire & reperare. De iusso possidere ex causa damni infecti, est textus *in l. si finita*, §. *si quis metu*, *ff. de damno infecto*, vbi 59 iussus possidere, si reparare possit, & non reparet, ius suum amittit; neque enim tenetur antiquo domino de ruina, quæ futura non erat, si refecisset, *ex* §. *si quis damni*, *dict. l. si finita.* Bene tamen amittit ius suum, quia animo suo dereliquit decedens, *ex dict.* §. *si quis metu*, qui ita debet intelligi: & ita iussus possidere ex causa damni infecti, si non repararet cùm possit, domino quidem antiquo non tenetur; sibi tamen nocet, quia ius amittit, vnde coactus videri potuit reparasse, metu perculsus, ne ius amitteret. Emptor quoque de deterioratione tenetur, si rem perdiderit, licèt dominus sit; quod in actione redhibitoria receptissimum est, vt emptor teneatur de deterioratione contingente eius culpâ, *l. quod si nolit*, §. *si mancipium*, *vers. culpam*, & *in l. cùm autem redhibetur*, *ff. de ædilitio edicto:* vbi glossa, latè Tiraquel. *de retractu lignagier*, *in fin. num.* 68. & *num.* 70. quod de emptore magis erit admittendum, vt 60 de deterioratione teneatur, vbi ipse sciat, vel suspicetur venditorem læsum acturum vt emptionem rescindat; tunc enim malignè censebitur rem deteriorem fecisse, argumento textus *in l. & hac distinctio* 38. §. *cùm fundum*, *ff. locati*; & in emptore obligato ad reuendendum magis erit recipiendum, Tiraquellus *dict. num.* 70. item & creditor pignoratitius, sicuti expensas, & meliorationes factas in pignore conseruat sibi, ita & de damno suâ culpâ contingente tenetur: vtrumque probant lex *si necessarias impensas*, & lex *si seruos pignoratos*, 61 *ff. de pignoratitia actione.* Item & in eo, qui bona iudicis authoritate possidet, si rem meliorem fecerit, expensas conseruat suas: item & quod in seruos, & familiam fortè alendam irrogat, & dum bona defendit. Si verò culpâ suâ seruus moriatur, ædes corruant, damnum fiat, de deterioratione tenetur, *l. Prætor*, §. *his verbis*, & §. *est præterea*, §. *in eum*, *ff. de bonis authorit. iudicis possidendis.* Igitur ex hac causa potuit videri Aphricano *in dict.* §. *damni*, iussus possidere similis emptori, vt decideret; non æquè dici posse de emptore, & de eo qui iussus est possidere ex causa damni infecti, eos esse dissimiles, cùm vterque volentes recedant, alter ad emptionem, alter ad postulationem possessionis ex causa damni infecti; & vterque necessitate coactus reficiat, alter ne deteriorem faciendo rem emptam, licèt dominus, teneatur: alter ne si metu perculsus aufugerit, rem deserendo, ius suum amittat. Sed hæc interpretatio *ad dict.* §. *damni infecti*, licèt neque literulam vllam mutet, & rationem habeat; quà tamen dispunctionem litteræ solùm mutat, scilicet interrogationis indicem à verbo, *emerit*, ad verbum, *& debeat*, quam nullus codex hucusque agnouit, periculosa est, & meritò: nihil enim omnino mutandum est, aliter enim dispunctis Iureconsultorum responsis, etiamsi verba non mutentur, facilis sæpè est conciliatio; præterea quod verbum illud, *non æquè*, planè refertur ad inæqualitatem & dissimilitudinem, quam Aphricanus reperit, & intellexit inter iussum possidere, & emptorem; quare cùm non quiescat animus, secretius aliud inuestigandum est, quod veram iuris rationem aperiat.

Iacobus Cuiacius vir doctissimus, *ad Aphricanum tractat*, 9. *folio mihi* 144. 62 *in*

in §. damni infecti, adducens responsum Pauli *in dict. l. Paulus*, §. *domus*, *de pignoribus*, quasi Accursij commenta, vt ipse ait, ita conciliat, vt *in dict.* §.*damni*, agatur de sumptibus refectionis, quos ait non agnoscere creditorem hypothecarium, qui ab emptore pignus suum persequitur, cùm emptor habeat regressum aduersus venditorem euictionis nomine, in quo iudicio euictionis diximus venire quoque expensas refectionis: at verò *in dict.* §.*penultimo*, *dict. l. Paulus*, ait agi de sumptibus ædificationis, exstructionisve, hoc est de sumptibus factis in nouum ædificium, quos quidem sumptus, qui fiunt de nouo, ait agnoscere creditorem, quoniam sine his nullius ædificij pignus creditor haberet, sed areæ tantùm; æquumque esse existimat Cuiacius, vt creditor præstet eos sumptus, propter quos restitutum sibi sit suum pignus. Prætereà cùm parum fidat ei conciliatiotioni, paucis verbis ait vtrumque responsum Aphricani, & Pauli non versari in eodem genere sumptuum; quasi apertiùs dicat, alterum Iureconsultum circa sumptus necessarios, alterum circa sumptus vtiles, vel voluptatis versatum. Hæc est sententia Cuiacij, & eius interpretatio.

63 Hæc autem posterior interpretatio Cuiacij planè ex litera Pauli, & Aphricani extorqueri vix poterit, vterque enim necessariò expendit, & qui ædes ruituras reparauit & refecit, & qui in area ædes exstruxit: prior verò interpretatio satis à nobis explicata est suprà, *cap.5. num.*11. *iuncto num.*14. quam cùm admittas, statim in promptu est difficultas, cur tam variè distinguas inter reficientem, & ædificantem de nouo, cùm vterque conseruet pignus creditori, & in pignore reperiat creditor hypothecarius substantiam meam, expensasque meas: vnde semper rediuiua est dubitatio, cur emptor ædificans conseruet sibi suas expensas, reficiens minimè; cùm vterque expendat necessariò. Adde quod illa consideratio, aut potiùs separatio inter ædificantem de nouo, & reficientem, particularis est ad acquisitionem dominij expensarum, vt diximus *dict.cap.5. num.*11. & magis poterat deduci contra Paulum *in dict.*§. *domus*, vt creditori hypothecario quæsitæ viderentur illæ expensæ, postquam in area hypothecata fierent: quod etiam quomodo intelligendum sit, satis explicuimus *dict. cap.5. num.*20. ad interpretationem legis 2.*Cod. de rei vend.* quæ difficillima aliàs videri potuit viris doctissimis; denique Cuiacius dum Accursij commenta reiicit, in eadem incidit: quod verò de ædificio & refectione dixit, secutus quoque Paulum est; quod quidem nouioribus Gallis vsitatum est, sæpè enim reiecto Accursio & Bart. aliis verbis Accursij & Bart. explicationes vsurpant, & tanquam ab Apolline secretò acceptas, suis laudibus non fraudant; maluntque, quod ait Plinius, in furto deprehendi, quàm ingenuè fateri per quos proficiant, illud obliti, sortem fieri ex vsuris, ab aliisque priùs dicta, nostra fieri, si vel nostra luce illustrentur, vel iustâ censurâ expendantur.

64 Ego verò existimo Accursium, & post eum Albericum, verum sensum attigisse dicti §.*damni infecti*, & dicti §.*domus*: sed quia breuiter attingunt, non potest facilè percipi; is autem vt percipiatur, animaduerto, iussum possidere ex causa damni infecti, nullum negotium gerere cum antiquo domino non comparente, vel cauente, aut latitante; ideóque etiamsi patiatur collabi & corruere ædes domino antiquo, in nihilo tenetur, *l. si finita*, §. *si quis damni*; ideoque

ideoque si non reparet, cùm domino non teneatur, decedens tamen & abiens ius suum amittit, §. *si quis metu*, *eadem l. si finita*, *ff. de damno infecto*: nihil ergo obligatur domino ob culpam, ideoque nihil eum obligat reparando, quia nullum negotium inter eos geritur; quod apprimè necessarium est ad meliorationum persecutionem, saltem ex causa euictionis, argumento legis *si in area*, *ff. de cond. indebiti*, ibi, *quia nullum negotium inter nos contraheretur.* Vide quæ diximus *cap. 7. num. 20. & 21.* præterea illud aduerto, non omnem reparationem mereri nomen meliorationis, sed illam duntaxat, quæ meliorem fecit rem: pone accepisse à me domum, multa reparasti dum obtineres, 65
multùm expendisti; sed domus in nihilo melior mihi facta est, expensæ illæ, quod ad me attinet, meliorationes dici nequeunt, *l. in fundo*, *ff. de rei vendic.* Tertiò illud aduertendum est, aliquando etiamsi expensæ in reparando meliorem non faciant rem, ac subinde non mereantur nomen meliorationum; posse tamen obtineri, vt debeantur ab eo, qui aliàs omnino facturus erat eas expensas; quod in expensis necessariis, sine quibus res periret, indubitati iuris est, *l. domum*, *Cod. de rei vend.* in vtilibus, si aliàs eras facturus, est textus 66
expressus *in l. in fundo*, *ff. de rei vend.* & diximus suprà *cap. 1. num. 18.*

His præmissis, quæ vera sunt, modò patet solutio Accursij & Alberici *in dict.* §. *damni*, ad seipsum, & *ad* §. *domus*, *dict. l. Paulus*, quæ vno verbo dicitur ab Accursio: scilicet *in dict.* §. *domus*, rem factam fuisse meliorem; *in dict.* §. *damni*, non item; namque cùm quæritur, an emptor teneatur creditori hypothecario restituere rem propter hypothecæ ius, refusis expensis, dicendum est cum Paulo *in dict.* §. *domus*, creditorem hypothecarium teneri refundere expensas, non omnes simpliciter, sed eas dumtaxat, quibus res facta est melior, quàm erat tempore constitutæ hypothecæ; cæteras autem, quantumuis necessarias, quæ meliorem rem non faciunt, quàm erat tempore contractæ hypothecæ, non teneatur soluere creditor hypothecarius; quia præterea quod sibi meliorem non fecerunt rem, cum eo nullum negotium gestum est, vt is teneatur; ideoque emptor à creditore hypothecario recuperat eas meliorationes duntaxat, quæ rem creditori fecerunt meliorem, scilicet quàm erat tempore contractæ hypothecæ, *dict.* §. *domus*, ibi: *Non aliter cogendos ædificium creditoribus restituere, quàm sumptus in eam rem erogatos, quatenus res melior facta esset, reciperent.* Hæc Paulus. Cæteras autem expensas necessarias, 68
consumptas in reparationes rei, vel vtiles, quæ aliàs dominus antiquus erat facturus vt rem conseruaret, quibus res permanet, & conseruatur, etiamsi melior facta non sit, eas cùm emptor non possit conseruare à creditore, cum quo, quod attinet ad has expensas, nullum negotium gestum est, nec ex his est facta res melior, aut pretiosior creditori, conseruat emptor ex causa euictionis, actione ex empto à venditore, *l. Titius*, *ff. de actionib. empt. & vendit. vers. de sumptibus*, & diximus isto capite suprà. Igitur ex hac fundata iuris ratione, creditor emptori tenetur in eas expensas, quæ meliorem sibi fecerunt rem quàm fuerat tempore contractæ obligationis & hypothecæ; cæteras autem expensas in reficiendo & reparando rem, quæ eam meliorem non faciunt, necessarias eas vel vtiles, conseruat sibi emptor, non à creditore, cum quo nullum negotium gessit, sed à venditore actione ex empto. Hactenus

Paulus *in dict.§.domus, iuncta dict.l.Titius.* Modò capio dictum §. *damni, dict. l.cùm postulassem*, cuius duæ sunt partes. In priori agitur de iusso possidere ex causa damni infecti, qui reficit rem; hoc enim verbo vtitur Aphricanus, & ex eo pendet sensus Aphricani; refecta enim ibi res est, non autem melior effecta: creditor hypothecarius à iusso possidere ædes illas refectas, id est pignus suum, persequitur ratione hypothecæ; iussus possidere obiicit se non antea teneri ædes illas restituere, quàm sibi expensæ illæ soluantur; expendisse se, refecisse, reparasse suis sumptibus & expensis, idque necessariò, aut saltem vtiliter, quæ dominus omninò facturus erat; iniquè secum fieri, si expensæ illæ non conseruentur: tunc creditor sibi inquit nihil melioratum esse, in eo statu esse ædes, quo erant tempore hypothecæ contractæ, nihil esse additum ex his expensis; ideoque ædes non esse factas meliores, saltem sibi, à quo expensæ exigerentur illæ. Præterea etiamsi necessariò factæ esse intelligerentur, aut vtiliter, secum nullum negotium gestum esse, & minimè teneri, *ex dict.§.domus*, & *ex dict.l.si in area.* Possidens autem aiebat non debere se suis expensis carere, necessariò & vtiliter factis; neque esse ferendum vt substantia sua ad creditorem illum deueniret sine causa; non esse sibi similem causam, & emptori; quia emptor à venditore eas expensas refectionis actione ex empto possit conseruare, se verò à domino minimè; quia inter iussum possidere, & dominum latitantem, aut non comparentem, nullum negotium gestum sit; posse ipsum creditorem sibi soluere suas expensas refectionis, & hoc esse recipiendum, quia sine periculo creditoris hypothecarij id fieret; potest enim creditor eas expensas, quas numeratâ pecuniâ iusso possidere soluisset, à domino antiquo recuperare, si dominus antiquus velit pignus luendo rem suam sibi redimere, *l.in hoc iudicium, in 2. part. ff. communi diuidundo*, & diximus suprà *cap.7. num.13.* de eo qui meliorationes non fecit, quatenus possit eas sibi conseruare; neque erat periculum quod fructus harum
69 expensarum minuerent sibi suum debitum, quia cùm has meliorationes habeat iure dominij emptas suis pecuniis, non verò iure solius possessionis, inducitur regula de non computandis fructibus cum expensis & meliorationibus; cuius enim proprio iure sunt fructus, nulla est cum meliorationibus compensatio: glossa *in l. emptor, vers. superfluum, in princip. de rei vend.* sequitur Bart. Bald. Angelus ibidem: idem Bald. Imola, Raphael Cumanus, Paulus de Castro, Alex. & Ias. *in l.domos, ff.de legat.1.* Bald. Ang. Imol. Alex. *in l.insulam, §.fructus*, vbi glossa *verbo compensatis, ff.solut.matrim.* & dicemus infrà, cùm de computatione fructuum & meliorationum egerimus, *ad l.sumptus, ff. de rei vendic.* & ad leges nostras patrias. Hæc erant quæ potuerunt Aphricanum sursum deorsum trahere; iuris rigor, qui creditorem liberabat, cum quo nullum negotium gessisset iussus possidere, ac subinde quod sibi res non esset melior effecta: ratio postulabat, vt possidens non amitteret suas expensas, quas si à creditore non haberet, à domino certè recuperare non poterat, cum quo sibi nullum negotium gestum esset: creditor verò si eas solueret, poterat à domino recuperare, qua ratione poterat vtrique consuli, domino postremò eas expensas deuorante, cuius res necessario refecta esset sumptu; & in hac specie Aphricanus inquit, *non sine ratione dicetur, nisi impensas,*

pensas, quas in refectione fecerim, mihi præstare sit paratus, inhibendam aduersus me persecutionem: expende verbum illud, *non sine ratione*, quod difficultatem iuris significat, quo possidens, nec à creditore, nec à domino expensas suas conseruare potuisset, aliud suadente ratione, quam explicuimus. Modò aggredior versiculum, *cur ergo*, *in dict.§.damni infecti.*

Quærit ergo Aphricanus, cur non sit admittendum hoc, quod de creditore & possidente diximus, in emptore. Vt non admitteretur, subdit diuersitatis rationem *in vers. non rectè*, & est responsum, scilicet non rectè hæc inter se comparari, hoc est, non esse similes in hoc emptor & possidens ex causa damni infecti: quoniam emptor, sua voluntate negotium gessit, scilicet cum venditore, dum contraxit cum eodem: & refert verbum illud, *negotium gessit sua voluntate*, ad verba illa, quæ sunt *in dict.l.si in area*, de quibus suprà; non verò significat, possidentem coactum accessisse, emptorem verò voluntarium. 70
Itaque emptorem dissimilem facit, & meritò, à iusso possidere; quia emptor cum venditore domino negotium gessit, possidens verò minimè; ideoque à venditore potuit sibi caueri de expensis, & prouideri; & si non cauerit, debet prouideri sibi iure, quia necessariò & vtiliter expendit, & cum venditore negotium gessit; ideoque liberatur creditor, cum quo negotium gestum non est, dum reficiuntur ædes, & tenetur dominus vendens: & subdit Alphricanus, hæc non posse æquè, id est æqualiter, dici de possidente, qui cum domino nullum negotium gessit. Igitur emptor expensas eas, quibus res fuit facta melior, quàm erat tempore contractæ hypothecæ, à creditore recuperat & conseruat, *dict.* §.*domus*. Expensas verò refectionis, quibus res conseruata est, à venditore: iussus verò possidere à creditore, propter rationem illam, quæ mouit Aphricanum, æquitate plenissimam, & dignam, quæ Iureconsulto clarissimo admitteretur: & verba illa *in dict.*§.*damni*, *Sua voluntate negotium gessit*, in materia expensarum singularem habent interpretationem, *ex dict. l. si in area*, non verò eam, quam vulgus recepit, & Cuiacius admisit. Habes explicata hæc iura difficillima.

Ex quibus patet verus intellectus *ad l.15. titulo 13. partit.5.* ibi, *Faziendo hy alguna mejoria*, vt lex illa nostra videatur desumpta *ex dict. leg. Paulus*, 71
§.*domus*, *de pignoribus*, & sit intelligenda in secunda parte, vt creditor teneatur emptori, de expensis scilicet eis, quæ rem meliorem fecerint, quàm fuisset tempore contractæ obligationis, quasi nihil attingat de expensis aliis necessariis, factis ad rei refectionem, de quibus *in dict.§.damni*; nec sic existimet correctum esse §. *damni infecti*, *ex dict. l.15.* In tertia verò parte eiusdem legis 15. ibi, *Otrosi*, duo deciduntur, scilicet augmentum rei hypothecatæ subesse hypothecæ, sicuti & ipsam rem, idque esse quoque recipiendum de expensis, *l.si fundus hypothecæ*, *ff.de pignoribus*, *l.si conuenerit*, §.*si nuda*, *ff.de pignoratit. actione*: quæ iura de alluuione loquuntur; in quo tamen est difficultas, an in patenti alluuione, an verò in latenti sit intelligendum; dice- 72
mus autem cùm de augmento egerimus. De expensis factis à creditore pignoratitio est lex *si fundus*, §.2. *ff.de pignoribus*, vt scilicet cedat rei tale augmentum, talesque expensæ, & creditor teneatur restituere, refusis expensis. Vbi intelligendum verè est, nihil esse soluendum propter id quod alluuione accre-

73 uit, sed propter id quod expensum est, ibi: *Pero deue lo todo tornar à aquel que gelo empeño, pagandole su deuda, è las despensas, si las fizo sobre esta razon.*

Et ita agit ea lex in secunda parte de expensis factis à tertio possessore, quatenus res ex illis facta est melior: in tertia autem parte agit de expensis factis à creditore pignoratitio in pignore; in quibus distinguit inter eas quæ casu
74 obueniunt, vt est in alluuione, saltem latenti, aut temporis beneficio, quo cuncta pereunt, & augentur, & eas quæ nostrâ operâ & sumptu fiunt: vtrasque recuperat dominus cum re, sed refundit secundas has expensas, non priores.

75 De meliorationibus factis à debitore post contractum ius hypothecæ, resolutum est idem quoque esse dicendum, vt rei cedant, & in causam hypothecæ cedant, ex eisdem iuribus *dict. l. si fundus, dict.* §. 2. *dict. l. si conuenerit*, § *si nuda*; quæ fortiùs procedunt in debitore quàm in hypothecario possessore, aut pignoratitio, qui pignus possidet; neque rectè applicantur tertio possessori, qui pignus possidet, nempe ab emptore, in quo non ita expedita hactenus res est, an meliorationes factæ à tertio possessore, nempe ab emptore, non verò à debitore, sint creditori sicuti ipsa res, hypothecatæ; nec in hoc quicquam facit dicta lex 5. *tit.* 13. *part.* 5. quæ in principio conuenit cum dicta lege *si fundus*, §. 2. *in* 2. *parte*, ibi: *E si aquel*; vbi loquitur de tertio possessore meliorante, nec vllum verbum est de hypotheca; solùm dicitur non teneri emptorem restituere rem, nisi refusis expensis, quatenus res melior facta est. Postremò in fine agit de creditore meliorante, vbi distinguuntur meliorationes nostro labore & sumptu factæ, ab his, quæ casu, aut tempore obuenerunt, vt illas nobis conseruemus, has verò minimè, licèt *ex dict. l.* 15. *tit.* 13. *part.* 5. vbi an patens alluuione augmentum ad creditorem, vel ad dominum cedat, non disputamus modò, relinquimus suo loco.

76 Quod verò attinet ad tertium possessorem qui meliorauit, an meliorationes sint sicut ipsa res obligatæ, quod ad nostrum emptorem pertinet, in quo Bart. *in l. final. Cod. de prædiis & omni re nauicular. lib.* 11. tenet nullam esse obligationem, aut hypothecam in his meliorationibus, quæ fiunt ab emptore rei obligatæ, post contractam obligationem: sequitur Paulus de Castro, quos sequitur & refert Ias. *in l. creditor*, Ias. *l.* 1. *in fin. ff. si certum petat.* & Antonius de Fano hoc ipsum sine vlla difficultate tenet, *de pignoribus & hypothecis, part.* 5. *membr.* 4. *num.* 18. quod tamen apertè est contra textum *in dict. l. Paulus*, §. *domus*, *ff. de pignor.* ibi: *Paulus respondit, pignoris persecutionem perseuerare, & ideo ius soli superficiem secutam videri, id est, cum iure pignoris: sed bonæ fidei possessores non aliter cogendos creditoribus ædificium restituere, quàm sumptus in exstructione erogatos, quatenus pretiosior res facta est, reciperent.* Hæc Paulus. Et licèt illi omnes allegent pro sua opinione legem finalem, *Cod. de prædiis & omni re nauic. lib.* 11. voluerunt allegare legem 2. *eod. tit.* quoniam lex finalis nihil facit ad rem, sed neque dicta lex 2. in qua solùm statuitur, res nauiculariorum, quæ pro certa pensione sunt fisco subiectæ, posse quidem alienari quouis titulo; ita tamen vt pensio nec diminuatur, quæ pro ea re apud nauicularium pendebatur, nec augeatur, aut crescat, si res

nouis

nouis meliorationibus apud emptorem adaucta sit & meliorata. Illud verò minimè decisum est *in dict. l. 2.* expresè, an meliorationes illæ factæ pro pensione sint subiectæ, sicuti & ipsa res; in quo tamen obtineri poterit *ex dict. §. domus*, ius pignoris durare; id tamen conseruari emptori, quo res melior facta sit, *dict. §. domus*, *dict. l. 15. tit. 13. part. 5.* vbi de tertio meliorante agit: quod deriuatum est perperam ex dicta lege 2. contra dictum *§. domus.*

Sed longè deterior alia quoque opinio recepta est, *ex dict. l. 2.* contra fundatam iuris rationem, quæ deriuata est ab interpretatione ea *ad dict. l. 2.* scilicet vt tertius hic possessor, de quo agimus, emptor, aut donatarius, nihil refert, nedum possit petere refundi sibi expensas suas eo quo diximus modo, 77 scilicet quatenus res melior facta sit; sed si maluerit, id obtineat, vt excludat creditorem offerendo ei æstimationem rei, quæ erat tempore quo acquisiuit; & soluendo hanc æstimationem, fiat liber ab hypotheca, & rem liberam sibi retineat; quod ea ratione asserunt, quia respectu huius tertij possessoris, scilicet emptoris, non censetur res creditori obnoxia hypothecæ iure, *ex dict. l. fin. aliàs* 2. quam ipsi ita intelligunt: & si vlla hypotheca inducta est, quod ego arbitror, *ex dict. §. domus*, ea hypotheca non est extendenda (quod ego addo) nisi quatenus res erat, & æstimabatur eo tempore, quo ad tertium possessorem peruenit, aut veriùs, quo hypothecæ ius constitutum est: ad hoc dicunt esse legem *in ius, Cod. de prædiis, & omnib. reb. nauicul. lib.* 11. & ita decidit Bart. ibi, & Alexand. ad Bart. ibi, & Platea *num.* 5. Paulus *in l. si conuenerit, §. si fundus, ff. de pignoribus.* Socinus *cons.* 224. *lib.* 2. Antonius Corsetus *singulari, verb. melioratio*, Ias. *in l. creditor, la 1. ff. si cert. petat. ad fin.* Albertus Brunus *in tractatu de augmento, conclusione* 14. *fall.* 2. Antonius de Fano *tractat. de pignorib,* 5. *parte, membro* 4. *num.* 21. Molineus *in consuetudinibus Parisiensib. tit.* 1. *glos.* 5. §. 1. *num.* 80. Couarruu. *variarum resolutionum lib.* 1. *cap.* 8. *num.* 2. Gregorius Lopez *in l.* 15. *tit.* 13. *partit.* 5. *verbo, A buena fé.* Et dicit Couarr. *vbi suprà*, quod hæc opinio est praxi & vsu forensi recepta sæpissimè in Granatensi Prætorio, licet ipse ab ea videatur decedere. Huius verò opinionis maxima vtilitas est; si enim recipiatur tertius possessor, nempe is, qui rem hypothecatam possidet, aliquando soluens veram æstimationem rei, vti erat tempore contractæ hypothecæ, minùs soluet, quàm creditori debeatur, cùm aliàs ex actione hypothecaria necesse sibi sit, aut debitum integrè soluere, aut rem restituere.

Quoniam verò Didacus Couarruuias explicat hanc receptam sententiam, 78
scilicet, vt æstimatio rei fiat, attento antiquo statu, sed attento præsenti valore; id ita intellige, vt emptor tertius, nempe possessor, possit offerre æstimationem rei hoc pacto, vt res consideretur in eo statu, quo fuerat tempore contractæ obligationis, deducto eo, in quo melior ab emptore facta est, *ex dict. §. domus*, & illa qualitas rei æstimetur iuxta pretium, quod modò illa res, si ita permansisset, habitura erat, ex his quæ notantur *in l. domos, ff. de legatis* 1. Antonius de Fano *dict. memb.* 4. *num.* 21. Molineus, & Couar. *vbi suprà*; voluit enim retenta hac communi opinione cum Bart. *in dict. l. 2. de prædiis, & omni re nauicul.* omne augmentum rei, quod non sit factum operâ, industriâ, labore, & sumptu possessoris, quo pretium rei creuerit, prodesse credi-

tori: augmentum autem, quo res creuerit respectu eius status, in quo fuerat cùm hypotheca contracta est, quod operâ, industriâ, sumptu, & labore possessoris obuenerit, prodesse possessori, *ex dict. l. domus.* Itaque si domus tempore, quo hypotheca contracta est, æstimabatur centum nummis aureis, posteà verò temporis solius beneficio creuit ad mille, mille aiunt esse soluenda creditori: item si alluuione (semper intelligimus de latenti) sensim creuerit, idem existimant, quoniam omne augmentum internum, quod ab industria & sumptu possessoris non proueniat, prodest creditori, non verò possessori rei. Tenent illi *vbi suprà*, Molineus *num.* 82. Couarr. *versic. cæterùm*, & est lex *si fundus, in princip.* & §. 2. *de pignoribus*, *l. si conuenerit*, §. *si vnda*, *ff. de pignorat. actione.*

79 Quod verò ait Couarr. id extendendum esse non solùm in eo, qui fecit expensas, verùm in successore rei, qui successit in illis sumptibus & expensis, & allegat legem *in hoc iudicium*, §. *impendia*, *ff. communi diuidundo*, & Antonium de Fano, id quomodo sit intelligendum, quando is qui expensas non fecit, possit opponere expensas, & an cessio iuris necessaria sit, diximus suprà *cap.* 7. *num.* 13. vbi vide.

80 Præterea illam communem opinionem receptam cum Bart. *in dict. l.* 2. extendunt, vt non solùm habeat locum contra creditorem pignoratitium, vel hypothecarium; sed contra eum qui haberet dominium vtile, & vtilem rei vendicationem, in subsidium tamen, & de iure speciali, sicuti in re empta à viro nomine suo, ex pecunia tamen dotali, vel sibi donata ab vxore constante matrimonio, quia hæc res verè est propria viri, *l. ex pecunia*, *Cod. de iure dotium*; tamen si maritus soluendo non sit, res illa in subsidium efficitur vxoris, quoad vtile dominium: textus, & ibi Bart. *in l. vxor marito*, *ff. de donationib. inter virum & vxorem.* Itaque tertius, qui emit à marito rem illam, poterit ex communi & recepta sententia offerre vxori, agenti vtili rei vendicatione, æstimationem, sicuti creditori; immò & excussionem, vt priùs excutiantur mariti & eius hæredum bona; & cùm non sint soluendo, oblata æstimatione euitatur rei restitutio, licèt totum debitum non offerat, quia facta hac oblatione, cessat causa illius vtilis dominij subsidiarij. Socinus *consil.* 224 *lib.* 2. & Molineus *dict. num.* 81.

81

82 Ex his aiunt, quod si tempore hypothecati fundi vsusfructus erat alienus, & nuda proprietas ad emptorem peruenit, scilicet quia viuebat vsufructuarius, posteà verò moriatur, consolidationem, nempe augmentum illud vsusfructus prodesse creditori; quia nullâ operâ, nullâ industriâ, nullâ expensâ emptoris euenit; secus si redemptus sit ab emptore, sibi prodest; si verò cessione fiat consolidatio fructuarij, tunc causa renunciationis est consideranda, vnde res dirimatur.

83 Quin quod ex intellectu *ad dict. l.* 2. & communi opinione in aliam quoque sententiam Socinus *dict. cons.* 224. *lib.* 2. iuit, quam ipse, & meritò nouam esse ait, vt scilicet is qui rem obligatam possidet, qui debitor non est, neque vllas meliorationes fecit, sed retinet in statu quo erat tempore contractæ hypothecæ, possit conuentus hypothecaria à creditore ipsi offerre non integrum debitum, sed veram rei æstimationem, licèt sit minor ipso debito, ait probari

bari hoc *in cap. ex litteris, de pignoribus*, & alia iura adducit, quæ refert, & diluit Antonius de Fano *de pignoribus dict. membro 4. num. 21.* mihi certè in terris Pontificis iudicaturo magnum negotium facesseret dictum caput *ex litteris, de pignoribus.* Cui etiamsi Antonius de Fano velit se satisfacere, ex intellectu Abbatis, certè sententia ibi lata maximè hanc sententiam probat, neque vt patet ex principio textus, fuit conformis libello; sed iudicaturo secundùm ius Cæsareum, vel in Hispania secundùm leges nostras Partitæ, placere non potest hæc setentia, quia natura actionis hypothecariæ, vt diximus, ea est, vt debitum totum soluatur, aut res tradatur obtinenda iure pignoris, quousque de debito satis sit factum. Vnde ex hoc solo fundamento iuris, nec potest placere communis & recepta sententia, quam deducebat Bartol. & post eum reliqui, quos suprà adduximus *ex dict. l. 2. Cod. de prædiis & omni re nauicul.* nullum enim habet ius; quod patet, quia illa sententia innititur *in dict. l. 2.* illa autem lex aliud probat, vt diximus, & optimè aduertit doctissimus Couar. *vbi sup. versic. non obstat*: quo vno fundamento destruitur dicta opinio communis, scilicet, quia nullum ius habet, & quia est expresse contra veram rationem hypothecariæ actionis, quæ id agit, vt res sibi restituatur obtinenda, quousque de debito integrè fiat satis, *l. si cùm venditor, ff. de euictionib. §. in vendicatione, l. si fundus*, & *§. vlt. l. si inter, ff. de pignor.* vel quod receptius est, & vsu forensi magis receptum, vt debitum soluatur integrum, vel res tradatur obtinenda, *dict. l. 2. Cod. si vnus ex pluribus hæredibus*; ideóque Dominus Couarr. meritò decedit ab hac recepta sententia, vbi suprà, & Molineus dixerat vbi suprà, *num. 83. ad finem*, in Gallia non seruari. Itaque restat legis *Paul. §. domus, ff. de pignoribus*, vnicum remedium possessori, vt conseruet sibi suas expensas, quibus res illa facta sit melior, quàm erat tempore initæ hypothecæ; quas si creditor numeret emptori, res ab emptore indifferenter aufertur, & creditori traditur, nisi emptor debitum integrum soluat; & hæc pertinent ad emptorem pignoris, vel rei hypothecatæ, & ad creditorem, meliorantes huiusmodi res, & circa eas expendentes. 84

CAPVT XIX.

De his qui rem communem habent, expendentibus, aut meliorantibus, vel reficientibus.

Notabilia ex capite decimonono.

1 *Sociorum ius quale.*
2 *Socium cauere nemo potest.*
3 *Quæ diligentia requiratur in socio.*
4 *Expensæ quæ fiunt propter societatem, imputantur societati.*
5 *Socij, & qui rem communem habent, expensas factas conseruant sibi.*

6 *Qua actione.*

7 *Agitur de lege* qui aliena, §.fin. ff. de negot. gestis, *& lege* ex parte, ff. famil. erciscund.

8 *Iudicium familiæ erciscundæ est vniuersum naturâ, & necessitate.*

9 *Res particularis indiuisa non petitur iudicio familiæ erciscundæ.*

10 *Socius qui parietem communem reficit suis sumptibus, an expensas conseruet.*

11 *Socius iure societatis potest reficere rem communem, non iure seruitutis: explicatur lex* parietem, ff. de seruit. vrb. prædiorum.

12 *Licèt socius vtiliter solùm, vel voluptariè expendat, si alter vti velit his sumptibus, expensas refutauit.*

13 *Ad refectionem reipublicæ, vel communis putei, fontis, vel pontis nemo excusatur iure societatis, etiamsi protestetur se re illa vti nolle.*

14 *Agitur de lege* si vt proponis, Cod. de ædific. priuatis, *&* de lege fin. tit. fin. part. 3.

15 *Quæ sint in iure centesimæ vsuræ, quæ semisses vsuræ, quadrantales, & trientales.*

16 *Quæ fuerit origo harum vsurarum.*

17 *Fæneratores dicti menstrui exactores, & similes dæmonibus menstrualibus.*

18 *Maiores vsuræ, & minores vsuræ quæ.*

19 *Quæ sint necessaria vt competat remedium dictæ legis* si vt proponis, *expensâ literâ eius.*

1 HÆc quoque nobis pars restat ex parte attingenda, quoniam de sociis plura nobis dicta sunt, & de hæredibus, qui rem pro indiuiso habent; item de his, inter quos iudicium rerum communium diuidendarum admissum est; sociorum enim æquum ius est, æqualis vtilitas, vna & eadem causa damni & lucri, sacrosancta fides, constans, firma, & perpetua veritas; socij enim peccata maximè animaduertenda sunt, & coërcenda seuerè, quia difficillimè præcauentur: recti esse ad alienos possumus (vt ait Cicero *pro Sext. Roscio. Amerino*)
2 Intimi multa apertiora videant necesse est, socium verò cauere quî possumus? quem etiamsi metuimus, ius officij lædimus. Rectè igitur maiores eum, qui socium fefellisset, in bonorum virorum numero non putabant haberi oportere. Hæc Cicero, vnde iura societatis dimanarunt sanctissima, vnde culpæ, & negligentiæ ratio habita, *l. socius 73. ff. pro socio. Socius*, inquit Caius, *socio etiam culpæ nomine tenetur, id est, desidiæ atque negligentiæ; culpa autem non ad exactissimam diligentiam redigenda est, sufficit enim talem diligentiam communibus rebus adhibere, qualem rebus suis adhibere solet; quia qui parum diligentem*
3 *socium sibi requirit, de se queri debet.* Hæc Caius.

4 Vnde expensæ, quæ propter societatem contingunt, societati imputantur, *l. si fratres, § si quis ex Sociis, ff. pro socio. Si quis ex sociis*, inquit Papinianus, *propter societatem profectus sit, veluti ad merces emendas, eos duntaxat sumptus societati imputabit, qui in eam rem impensi sunt. Viatica igitur, & meritoriorum, & stabulorum, & iumentorum, & carrulorum vecturas, vel sui, vel sarcinarum*

cinarum suarum gratiâ, vel mercium rectè imputabit. Hæc Papinianus, qui dum
viatica censet imputanda societati, Iulianum videri potest induxisse in eam
sententiam, quæ est *in l.secundùm Iulianum,62.ff.eod.* contra Labeonem *in l.so-
cium*, 61.§.*fin.eod.* vbi Labeo existimabat, socium qui resisteret communibus
rebus, vel seruis ad fugam erumpentibus, vulneratum, impensam, quam in
se curando fecisset, non consecuturum actione pro socio; existimabat enim
Labeo, idem esse de medicamentis expensis, quod de damno contingente so-
cio propter societatem; & ita aiebat, sicuti socius, qui desit hæres institui
propter societatem, nihil consequitur actione pro socio eo nomine, ita &
qui propter res societatis vulneratus est, quia damnum quod propter societa-
tem contingit, non resarcitur ex rebus societatis. Iulianus autem cùm ani-
maduerteret viatica imputari, rectè ait, & medicamenta, & quod medico da-
tum est, rectè imputandum esse, quia hæc vix à viatici nomine & alimentis se-
parantur. Diximus suprà abundè *cap.*3. *num.*42. in quo haberi potest ratio,
de qua ibidem *cap.*4. *num.*5. scilicet quas domi expensas facturus socius esset,
vt tantò minùs imputet societati, quantò plus domi consumpturus videre-
tur. Alia verò, quæ quisque in aliquam rem expendit, hæc non solent actio-
ne pro socio expediri, sed inter cohæredes iudicio familiæ erciscundæ, inter
cæteros iudicio communi diuidundo, *l.quibus casibus* 34.*ff.pro socio.* Vnde ra-
tio cohæredum, sociorum, & eorum qui communem habent rem, quod at-
tinet ad nostrum propositum vna & eadem est: vnde iam à nobis *suprà cap.*7.
*num.*12. & *num.*22. aliqua explicata sunt, quæ pertinent ad socios & cohære-
des, scilicet ad eos, qui communem rem possident, vt expensas & sumptus
conseruent sibi, quos fecerint in his rebus, quæ communes sunt; in quo ta-
men illud animaduertendum est, an partem suam rectè tueri potuerint, reli-
cta parte alterius, vel contrà, vt vel communi diuidundo, aut iudicio fami- 5
liæ erciscundæ agendum sit, an verò actione negotiorum gestorum, *l. si
communes ædes, ff.de negotiis gestis*, ibi: *Quia potui partem meam ita defende-
re, vt socij partem defendere non cogerer:* vnde aliquando expensæ pro parte 6
quoque socij repetuntur, scilicet actione negotiorum gestorum, *l. ex parte,
ff.famil.hercis.* & quæ diximus *dict.num.*22.*cap.*7.*ad l.qui aliena*, §.*fin.ff.de ne-
got.gest.* & in eum sensum accipienda est lex *siue pro fratre, Cod.de negot. ge-
stis*, & lex *filiæ cuius, in fine*, ibi, *erciscundæ iudicio, vel negotiorum gestorum
actione seruari possint, Cod.famil. erciscund. l.si quis putans*, 6. §.*siue autem, ff.
communi diuidundo.* Cæterùm (inquit Vlpianus) non aliàs iudicio communi
diuidundo locus erit, vt & Papinianus scribit, nisi id demùm gessit, sine
quo partem suam rectè administrare non potuit; alioqui si potuit, habet ne-
gotiorum gestorum actionem, eaque tenetur, *l.hæredes*, §.*si vnus, ff.famil. er-
cisc.* ibi, *& omnino quæ pro parte expediri non possunt, si vnus cogente necessitate
fecerit, familiæ erciscundæ iudicio locus est.* Quod licèt verum sit, adhuc in
his, quæ pro parte geri non possunt, datur negotiorum gestorum actio, si
suo & alieno nomine gestum sit, vel causæ quæ geritur, natura, & qualitas
ea sit, vt alteri prosit, cuius nomine gesta videri possit: *in* §.*fin. l. qui aliena,
ff.de negotiis gestis*, causa indiuidua effecit, vt actio negotiorum gestorum sub-
oriretur: idem quoque effectum est *in l.ex parte, ff.familiæ erciscundæ*, ibi, 7

sed & si omiserit doli exceptionem, agere posse de recipienda portione sumptuum; ibi enim causa de totis bonis, quæ ad omnes hæredes pertinebat, suscepta est. Intelligendum autem est, susceptam fuisse, non solius agentis nomine, sed & hæredum, vt actio negotiorum gestorum competat. Quod si solo nomine agentis intentata est, tunc familiæ erciscundæ locus est, quatenus cohæres magis expendit quàm aliàs pro se erat expensurus; continet enim hoc iudicium familiæ erciscundæ duo capita: alterum, vt res diuidantur hæreditariæ, alterum vt præstationes fiant mutuæ de eo quod ex hæreditate vltra id quod debetur, acceptum, expensumve sit, *l. idem Labeo, ff. familiæ erciscundæ, versiculo, Familiæ erciscundæ*; vbi hoc iudicium ex duobus constat, id est, rebus, atque præstationibus, quæ sunt personales actiones: textus elegans *in l. sorori, ff. si pars hæreditat. petatur*, ibi, *sumptus, qui propter onera totius hæretatis iusti fiunt, si qui patroni nomine portionem euicerit, pro rata computentur*: id autem fiet iudicio familiæ erciscundæ, quod præstationes has continet, quæ fiunt mutuò hæredibus & ab hæredibus, *l. idem Labeo*. Denique si res possit geri pro parte, semper est actio negotiorum, nullaque alia: si pro parte non possit geri, adhuc est locus actioni negotiorum gestorum, si vtiliter alieno nomine fiat: si proprio in iudicio familiæ erciscundæ, adhuc sustinetur actio ad consequendas has impensas ex natura huius actionis, quæ præter diuisionem rerum, præstationes quoque mutuas continet. Ita intelligenda est dicta lex *ex parte*, vt actio, de qua ibi, sit negotiorum gestorum, si omnium nomine causa sit defensata, vel si proprio, familiæ erciscundæ, si magis sit consumptum, quia præstatio illa venit in hoc iudicio, *dict. l. idem Labeo, dict. l. sorori.*

Ex quibus quæ diximus *dicto cap. 7. num. 22. ad dict. l. ex parte*, pertinent ad conciliationem illius legis cum dicto §. finali legis *qui aliena, ff. de negotiis gestis*; vtrumque enim illud ius intelleximus in actione negotiorum gestorum particulari intentata; tunc enim consequor à cohærede iudicio hoc particulari illud quod eius nomine consumpsi, quod aliàs eram consumpturus, si meam duntaxat causam tutatus essem; & conuenit cum dicto §. finali. Itaque dicimus *in dict. l. ex parte*, non fuisse actum de tota hæreditate, sed petita est pars rei hæreditariæ; patet ibi, *cohæres partem suam ab eo petebat*. In hoc autem iudicio particulari petebat quoque cohæres sumptus actione negotiorum gestorum; ideo rectè ait Iureconsultus, si magis consumptùm sit propter cohæredis causam, posse illud consequi actione, scilicet negotiorum gestorum. Quod si in dicta lege *ex parte*, actum esset vniuersali iudicio totius hæreditatis diuidendæ, tunc quidem omnes sumptus, omnes meliorationes venirent, &
3 præstarentur mutuò; quia illæ mutuæ præstationes in hoc iudicio continentur, non solùm res diuidendæ, *dict. l. idem Labeo, dict. l. sorori*; patet enim iudicium familiæ erciscundæ dari pro tota hæreditate inter hæredes diuidenda; & est vniuersum iudicium naturâ, necessitate, & effectu; neque sicuti petitio hæreditatis datur pro vna re, ita & iudicium hoc; ideoque semel duntaxat intentatur, *l. si filia, §. familiæ erciscund, ff. eod.* vnde vna vel altera res, quæ indiuisa remaneat, non petitur iudicio familiæ erciscundæ, sed communi diuidundo, vel ipsa hæreditatis petitione: glossa ibi *in dict. §. famil. erciscundæ*, elegans

elegans & recepta Iasoni *in §.quadam, Institut. de actionib.* Ideo ergo *in dict. l. ex parte*, non veniunt sumptus vniuersi, iuxta dictam legem *sorori*, & *l.idem Labeo*, quia non est actum iudicio familiæ erciscundæ, sed pars petebatur actione communi diuidundo, vel aliàs alia particulari : in quo particulari iudicio rectè de sumptibus agitur particulari quoque actione, non vniuersali, ob idque hodie si hæreditas vt diuidatur, postuletur, sumptus & expensæ in eo iudicio deducuntur, & mutuò imputantur, *dict. l.idem Labeo*, & *dict.l.sorori :* si verò res hæreditaria petatur, nec agatur de tota hæreditate diuidenda, tunc locus est decisioni dictæ legis *ex parte*, vt is sumptus veniat, qui aliàs non erat hæredi faciendus, si suam duntaxat causam defenderet, siue agat proprio, siue communi nomine, dum rem defendit. Itaque in foro plurimùm proderit hæc inuestigatio; namque si semel facta diuisione hæreditaria rem euincas tuo nomine ab alieno possessore, tunc quidem impetitus à cohærede, vt partem rei hæreditariæ præstes, meritò obiicis de sumptibus; sed tamen de his duntaxat sumptibus, quos aliàs non eras facturus si pro te duntaxat litigasses, *dict. l.ex parte.* Quod si omnium nomine rem vendicasti, actio negotiorum gestorum competit, quâ ab his cohæredibus pro emolumento sumptus quoque recuperes. In quo sensu quoque accipi potest dicta lex *ex parte*, & sunt necessariæ interpretationes ad prædicta iura, & separantur inter se; quia in iudicio familiæ erciscundæ sumptus sequuntur portiones hæreditarias, *dict.l.sorori*; in particulari autem iudicio non item, sed vtilitatem, inspecto eo quod pro te omnino eras consumpturus : illud in actione negotiorum gestorum, hoc est, quando communi nomine actum est; hoc verò in casu dictæ legis *ex parte*, cùm res euicta est à cohærede, cuius partem postulat alter cohæres; tunc enim ratio habetur sumptuum, qui fierent propter eam partem quæ extorquetur; nullibi enim reperias *in dict. l.ex parte*, actum fuisse iudicio vniuersali familiæ erciscundæ, sed expresè particulari ibi partem petebat. Vnde meritò separandæ sunt tres species, scilicet cùm agitur iudicio vniuersali familiæ erciscundæ, & tunc indistinctè veniunt sumptus pro portionibus hæreditariis, *dict.l.sorori*, *d.l.idem Labeo*, aut particulari, & tunc si communi nomine actum sit, pro vtilitate actione negotiorum gestorum, & pro commodo recuperatur sumptus; aut proprio nomine factus est sumptus, & tunc ratio habetur sumptus, qui aliàs erat faciendus, vt non nisi expensas eas consequatur, quæ vlteriùs fiunt, quàm poscebat ius & ratio propriæ causæ : tu cogita, & adde quæ diximus *dict. cap.7. num.22.* & adde quod hi duo casus posteriores vnam & eandem habent iuris rationem; nam vtilitas tertij id quoque admittit, quod pro te eras expensurus, *l.si pupilli*, *§.sed si quis ita, ff. de negotiis gestis. Si quis ita* (inquit Vlpianus) *simpliciter versatus est, vt suum negotium in suis bonis quasi meum gesserit, nulla ex vtroque latere nascitur actio, nec fides bona hoc patitur. Itaque pro me litigasti, dum tuum negotium geris, nulla actio est; etiamsi meo nomine expendas, nihil accipis.* Et *§. sed si quis, in dict.l.si pupilli*, *l.si quis aliena, ff.eod.* vbi consequeris quod duntaxat pro me præstare debuisti, etiamsi multa expendas. Itaque cùm in hac actione negotiorum gestorum tenear pro sumptibus factis in rem meam, quatenus locupletior factus sim, ad eos sumptus tenebor, quos eras omnino pro me facturus,

si tuam causam non gessisses; non enim teneor ad sumptus quos fecisti, sed ad eos duntaxat, quos pro me facturus eras: vide apud nos legem 28. & 29. *cum seq. tit.* 12. *part.* 5. vbi nouus & antiquior glossator; & pertinent ad expensas, quas recuperat negotiorum gestor. De expensis verò factis à cohæredibus in nostris legibus, præter eos sumptus, de quibus *in l. fundus qui. ff famil. ercisc.* rara aut nulla mentio est, ita vt semper sit indaganda ratio dictæ legis *ex parte*, quæ procul dubio in vniuersali iudicio familiæ ercíscundæ nec potest, neque debet intelligi; sed, vt diximus, in particulari petitione rei hæreditariæ, in qua ratio habetur sumptus, qui pro me erat faciendus duntaxat; actione negotiorum gestorum, si communi nomine factus est, quod suadebat Bartolus *in dict. l. ex parte, ad finem*; vel si proprio, communi diuidundo: vtraque autem hæc actio id continet, quod pro me eras duntaxat expensurus, etiamsi multa expendas, vel pro te, vel meâ causâ, vel libens nulla vrgente necessitate, *dict. l. si quis in aliena.*

9

10 His præmissis patet, quid dicendum sit in illa quæstione, si socius parietem, vel domum communem reædificet suis sumptibus, an partem sumptuum conseruet sibi à socio, vel ab eo cum quo sibi communis est. In qua refert, an socius suo nomine expenderit, vel communi; posteriori casu, si refectio necessaria sit, non est dubium, quin socius dimidium sumptus facti exsoluat, si

11 domus, vel paries amborum sit, aliàs pro portione societatis, *l. si vt proponis, in priori parte, Cod. de ædificiis priuatis*; possum enim reficere ædes communes; idque vt efficiam, possum demoliri, *l. si ædes, ff. communi diuidundo*: cui non obstat, nec repugnat lex *parietem, ff. de seruitutibus vrbanor. prædiorum*; vera est enim Accursij sententia *in dict. l. si ædes*: & rursum *in dict. l. si vt proponis*, quod possum reficere iure societatis, non iure seruitutis; verba enim Caij *in dict. l. parietem*, ibi, *reficiendi ius non est*, id significant, & faciunt verba illa quæ sequuntur, *quia non solus dominus*: quasi dicat, quia cùm vterque dominus sit, non potest esse ius seruitutis, ne res sua sibi seruiat; idque illis verbis intelligendum est subtiliùs, alias etiamsi aliu s sit dominus pro parte iure societatis, licet reficere, & ob eam causam demoliri, *dict. l. si ædes, dict. l. si vt proponis.* Si verò proprio nomine gesserit, non tanquam socius, tunc quidem refert, an eo animo fecerit, vt partem socij occuparet; & tunc expensas nullas recuperat, propter improbum consilium, quod suscepit, *l. si is contra quem, de ædificiis priuatis*: improbum autem consilium coniectauimus ex qualitate expensarum, vt si necessariæ fuerint, quia sine his conseruari ædes non potuerint, magis est vt sibi conseruet, quas malæ fidei possessor conseruat, *l. domum, Cod. de rei vendicatione*: in vtilibus solùm alia ratio est, *ex l. sed an vltrò, ff. de negot. gestis, l. qui aliena, ff. eod. dict l. si is contra quem*: facit §. *ex diuerso, Institut. de rerum diuisione, l. adeo, §. ex diuerso, ff. de acquir. rerum dom. l. si quis putans, l. si quis cùm existimaret, ff. communi diuidundo.* Ex quibus duntaxat patet quomodo decidendum sit in illa quæstione quinta, quam perplexè, & obscurè admodum decidit Cæpola *de seruitutibus vrban. prædior. cap. de muro & pariete, vers. sed est dubium*, quando quis altiùs vult tollere, vbi multiplicatis distinctionibus, & subdistinctionibus, ex hísque mille, & eo amplius subdistinctiunculis factis, quid dicendum sit, desideratur,

tur, tanquam si nihil fuisset dictum. Vnum est addendum, quod etiamsi necessariò non expenderim, sed vtiliter, imò voluntariè, si socius velit his sumptibus frui, necesse est vt expensas soluat; quia hoc casu videtur aliàs facturus, argumento textus *in l. in fundo, ff. de rei vendicatione*; vnde vtiles impensæ factæ in re communi, bona fide conseruantur, vt diximus in principio, 12
quod modò non est repetendum. Ex his etiam in necessaria refectione reipublicæ, vel communis, omnes ad quos vtilitas eius rei extenditur, impensas conferre tenentur, quod particulariter in refectione putei communis notat ex Speculatore *tit. de censib. §. 1. vers. sed porrò vicini*, glossator vetus ad leges fori legum *lib. 3. tit. 4. l. 5. ad fin.* quod ex his extendendum erit ad fontes, 13
pontes, reliquaque publica, quorum vsus communis est, quoniam subest eadem ratio, de qua *in dict. l. si vt proponis*; & quæ diximus suprà, quod & ad templa sacra recipiendum est, si opes non habeant, vel nihil supersit parocho, *Cod. de his*; & ibi Abbas & reliqui *de Ecclesiis ædific. vel reparandis:* à qua contributione expensarum non liberatur quisquam, etiamsi protestetur, se re illa communi, seu publica non vsurum, ex Speculat. *vbi suprà*, si necessarius est sumptus: vnde in his societatibus, quas nos vocamus verbo nostro, *Cofradias*, necessarij sumptus, qui fiant ad comparanda funalia, & cæreas candelas, vestésque sacras, & alia id genus, nemo ex his excusatur, quia apprimè necessaria sunt: quod si quis dicat nolle se ampliùs in ea societate esse, necessum est vt soluat quod necessariò expensum est, ex his quæ diximus suprà: vide Auendañum *de exequendis mandatis Reg. Hispan. 2. part. cap. 3. num. 6. & sequentib.* cuius expensis reficiatur fons, pons, & mœnia, & Ecclesiæ, vide ibi.

Prædicta lex *si vt proponis, Cod. de ædificiis priuatis*, in secunda parte elegans 14
& difficilis est, & nobis Hispanis negotium facessit, propter legem finalem, *titul. fin. partit. 3.* cui conuenit. Vtriusque autem decisio dura visa semper est viris iuris sanctissimis, cùm iniquitatem continere videatur. Voco iniquitatem, id est inæqualitatem, quæ contingere potest inter expensas soluendas, & rem ipsam admittendam, ob non solutas expensas. Verba eius hæc sunt: *Etenim si solus ædificaueris, nec intra quatuor mensium tempora cum centesimis vsuris numus pro portione socij erogatus, restitutus fuerit, vel quo minùs id fieret, per socium id stetisse constiterit, ius dominij pro solido vendicare vel obtinere iuxta placitum antiquitatis poteris.* Hactenus Imperatores: iam olim Papinianus isthuc argumentum attigerat *in l. si fratres, §. idem respondit, ff. pro socio.* Idem respondit, inquit Papinianus, socius qui cessantis, cessantiumve portiones insulæ restituerit, quamuis aut sortem cum certis vsuris intra quatuor menses postquam opus refectum fuerit, recipere poterit: in exigendo quoque priuilegio vtetur, aut deinceps propriam rem habebit; potest tamen & pro socio agere ad hoc vt consequatur quod sua intererat. Finge enim eum malle suum consequi quàm dominium insulæ; oratio enim Diui Marci idcircò quatuor mensibus finit certas vsuras, quia post quatuor menses dominium dedit. Hactenus Papinianus; oratio autem Diui Marci, de qua meminit Papinianus, antiquitatis placitum est, de quo *in dict. l. si vt proponis.* Denique ex his, si alter ex sociis rem communem collabentem, vel collapsam, necessariis sum-

ptibus & expensis reficiat, si socij intra quatuor menses post reparatam rem
communem partem sumptuum cum vsuris non præstiterint, potest socius rem
sibi propriam facere; si malit autem, sumptus recuperabit, & omne id quod
sua interest. Clarius in hoc expressa est lex finalis, *titul. finali, part.* 3. ex qua
iunctis dictis legibus, tota ratio iuris in hoc dependet; ipsæ enim seipsas in-
terpretantur. In quo quod pertinet ad literam *in dict.* §. *idem respondit*, verbum
illud, *cum certis vsuris*, ambiguum erat; expositum autem est *in dict. l. si vt
proponis.* Itaque nouo illo iure factæ sunt centesimæ illæ vsuræ. Et quia sæpè
in iure inuenies centesimas vsuras, sæpè semisses vsuras, sæpè quadrantales,
aliquando trientales, sæpè centesimas quoque positas inuenies Kalendas,
hæc vt intelligas breuiter animaduerte; doctis enim hæc vulgata sunt, aliis
ignota: à fœneratoribus antiquis hæc omnia deducta sunt; stipulabantur
15 autem vsuras in singulas Kalendas, vt hac via vsura distributa in partes duo-
decim, duplum excederet, *l. vsuræ, Cod. de vsuris. Vsuræ*, inquit Imperator, *per
tempora soluta non proficiunt reo ad dupli computationem; tunc enim vltra sortis
summam vsuræ exiguntur, quoties tempore solutionis summa vsurarum excedat eam
computationem.* Hæc Imperator; fœneratores ergo si toto anno ad vnicam
61 vsuram mutuassent pecuniam, duplum excedere non poterant, distributa ve-
rò solutione integra in singulos menses, hoc est, in singulas Kalendas, ex-
cedebant duplum. Hoc igitur auarum & improbum fœneratorum consilium
fecit, vt in singulas Kalendas vsuras stipularentur, hoc est in menses singu-
los, *l. lecta, ff. si certum petatur*; quæ est ad propositum elegans, vnde fœne-
ratores dicebantur antiquis menstrui exactores, & similes dæmonibus, qui
recurrente Luna morbo veluti comitiali homines quosdam affligent, cùm
17 debitores suos recurrentibus Kalendis expectata solutione torqueant, & mi-
ris modis crucient, & affligent. Ad idus aliquando differebant solutionem,
ideóque aliquando vsuras debitas idibus legimus; quod Cicero obiiciebat in
Catilinam, ruinas fortunarum omnium suarum futuras proximis idibus;
quod dicebat propter expectatam à fœneratoribus pecuniam; & alibi sæpè,
l. si ex pluribus, §. *vltimo, ff. de solutionib.* vbi idibus Septembris facta est enu-
meratio, quin & mercedes locationum numerabantur quoque Kalendis, alibi
Iuliis, alibi Martiis. Macrobius *lib.* 1. *c.* 12. *l. defuncta, ff. de vsufructu.* Hinc factum
est, vt Kalendarium dictum sit pro libro rationum, in quo ratio sit pecuniæ
acceptæ, & creditæ; hincque deducitur pro libro rationum, *l. penultima, ff. si
certum petatur, l. vxorem*, §. *legauerat, ff. de legat.* 3. Seneca *libro de beneficiis*, 1.
Nemo, inquit, *beneficia in Kalendario scribit*; vnde stipulatio facta in quar-
tas, quintas, sextasve Kalendas, intelligitur concepta in quartum, quintum,
sextúmve mensem, *l.* 1. §. *si quis simpliciter, de verborum.* Hinc centesimæ
vsuræ dictæ sunt, quæ centesimis Kalendis, hoc est centesimo mense sortem
æquabant, hoc est octo annis & mensibus quatuor, vno accepto pro centum
singulis Kalendis, duodecim pro centum quotannis; hinc semisses vsuras vo-
camus, cùm pro centum singulis annis sex vsurarum nomine numeramus,
singulis Kalendis pro centum dimidium: trientales vsuras, quatuor quotan-
nis solutis pro centum, *l. quid ergo*, §. *contrarium, ff. de contraria act. tutel.*
quadrantales tribus solutis; ita enim fiebat antiquitus, vt res omnes quæ
pondere,

pondere, numero, mensuráve constarent, ad assem redigerentur: vnde apud Plinium, Theophrastum, Dioscoridem, passim legimus, arbusculas habere stipitem dodrantalem, hoc est, quibus ad pedis magnitudinem deest quadrans. Dodrans continet tres partes assis, quem si ad magnitudinem referas, continebit duodecim digitos, hoc est tres partes pedis, qui sexdecim digitos continet. Centesimæ autem vsuræ dicebantur maiores vsuræ, reliquæ minores; ita intelligenda est dicta lex *si ex plurib.* §. *vltimo*, *ff. de solutionib.* ibi: *Vna* 18
quindecim sub vsuris maioribus. Igitur *in* §. *idem respondit*, cùm certis vsuris soluendam pecuniam ait, interpretatus est Imperator, scilicet, cum centesimis vsuris, intra quatuor illos menses: quod si cum fisco actum esset, qui rem communem cum priuato haberet, retenta specie dictæ legis *si vt proponis*, in quatuor illos menses haberet maiores vsuras, non minores, scilicet semissibus; nam quæ priuatis centesimæ sunt vsuræ, fisco sunt centesimæ, si priuatæ vsuræ sint minores semissibus, fisco semisses esse oportet, si in locum priuati succedat, *l. cùm quidam*, § *ex locato*, *versic. si debitores*, *ff. de vsuris*, ibi: *Si debitores*, inquit Paulus, *qui minores semissibus vsuras præstabant, fisci esse cœperunt, postquam ad fiscum transierunt, semisses cogendi sunt præstare.* Porrò Paulus vsuras minores semissibus, intelligit trientales, & quadrantales vsuras: mutata igitur persona, *ex dict.* §. *si debitores*, mutatur vsuræ qualitas, & quantitas augetur. Ex quo Baldus inferebat ad quotidianam quæstionem *in l. in emphyteuticariis*, *Cod. de iure emphyteutico*, *in additione*, *num.* 27. de Ecclesia, quæ successit priuato, qui rem in emphyteusim dederat, an expectetur biennium, an triennium ad commissum ex causa non soluti canonis, vide ibi. Adducit dictum §. *si debitores*, vt mutatâ personâ, qualitas rei videatur mutata. Diximus suprà *cap.* 12. *num.* 70. & pertinebant hæc ad literam dictæ legis *si vt proponis*, *dict.* § *idem respondit.* Vnde patet declaratio ad glossam, & textum *in l. ad curatoris*, *ff. de damno infecto.* *Domum sumptu publico extructam*, inquit Paulus, *si dominus ad tempus pecuniam impensam cum vsuris restituere noluerit, iure eam respublica distrahit.* Hæc Paulus, qui planè consentit Papiniano *in dict.* §. *idem respondit*; & vterque intelligit, aut certè intelligi debet iuxta dictam legem *si vt proponis*, quantum ad tempus, & vsuras, vt tempus sit quadrimestre, quod etiam agnouit Papinianus; vsuræ autem sint centesimæ, nempe maiores vsuræ: de semissibus autem intelligi non potest cum Accursio ibi, quia centesimæ vsuræ nunquam iure redactæ sunt ad semisses, sed minores reducuntur ad semisses, *ex d.* §. *si debitores*: minores semissibus vsuræ sunt trientales, & quadrantales, quas Accursius non agnouit, ob idque de semissibus intellexerat. 19

Conuenit autem cum dicta lege *si vt proponis*, & cum *dict.* §. *idem respondit*, *l. fin. tit. fin. part.* 3. quæ partim Iureconsultos explicat, partim ab illis explicatur: primùm enim ait decisionem eam admittendam esse vbicumque res communis sit, nihilque distinguit quo iure sit communis: quo fit vt inter cohæredes habebit locum qui possident rem pro indiuiso, vtcumque possideant, siue ex causa societatis quæ inter eos contracta sit, siue actiones habeant, aut patiantur, quæ ex inita societate resultent cum his, quorum hæredes ipsi sint, licèt plerique interpretabantur dictam legem *si vt proponis*, & *dict.* §. *idem*

respondit

respondit, vt non haberent locum inter hæredes socij, quia socij morte dissoluta sit societas, *l. socio*, §. *qui in eo*, *ff. pro socio.* Quamuis autem in acquirendis nulla societas sit, acquisita tamen communia sunt, vnde locus est decisioni dictæ legis finalis, & dictæ legis *si vt proponis*, & dicti §. *idem respondit*, si sint multi partiarij domini, quos *aparceros* vocat lex nostra. Itaque occasione societatis deducitur legis illa decisio ad eum casum, scilicet vbicunque res communis sit. Deinde res ista oportet vt refectionis indiga sit; quo verbo necessariam refectionem intelligimus, sine qua conseruari res non possit. Quæ verba excludunt voluntarias expensas, & etiam vtiles, si res sine his conseruari possit: quod patet ex litera dictæ legis finalis, ibi: *Si estuuiesse mal parada, de guisa que se quiera caer, e algunos de los aparceros la manda labrar, e reparar*; verbum enim *reparar*, est reficere: reficere autem est ponere in eo statu, in quo erat, *l. 3. §. reficere*, *ff. de itinere actúque priuato*; quod si præter necessitatem velit reparare socius, rectè prohibere poterit, *ex l. Sabinus*, *ff. communi diuidundo.* Item etiam non erit locus dictæ legi finali, si res omnino diruta sit, & solo æquata, ex illis verbis, *Que se queria caer.* Itaque solo æquatas ædes si socius erigat sine temporis præfinitione licebit socio partem expensarum offerre, & rem sibi pro sua parte asserere, quia in hoc incorrectum est ius, quod *in dict. l. fin.* de refectione solùm agit. Præterea debet socius, qui reficere est paratus, commonere socios, & prouocare ad refectionem, ibi, *Faziendoles saber.* Quæ verba licèt Gregorius Lopez existimet non inducere necessitatem, sed consilium; ego tamen existimo, omnia esse necessaria, quæ lege illa lata sunt, vt dominij translatio fiat; planè enim immeritò socius refecta re communi ignarum fortè socium dominio suo priuaret, ideóque apprimè necessaria commonitio est, vt socius de refectione curet, operi adsit, sumptus temperet, remque communem communi quoque consilio conseruet. Præterea monitione facta debet opus suo & sociorum nomine incipere, facere, & perficere, vt negotium cum illis gessisse videri possit, ne à sociis obiici possit, industriosam fuisse eam refectionem, vt rem sibi occuparet, quod aduertit Greg. Lopez, & Cæpola *de refectione, cap. 59.* quæ omnia nostra hac lege addita sunt *ad dict. l. si vt proponis*, & *ad §. idem respondit*, & sunt necessaria: hisque prætermissis, aut ex his aliquot, denique quicquid omittatur, mala fides præsumitur, & sumptus amittuntur, quasi iniquè facti: quod patet in dictæ legis finalis parte secunda, ibi: *Pero si este que faze la labor.* Præterea dicta lex finalis interpretanda est ex dicta lege *si vt proponis*, vt postquam perfectum opus sit, socius interpellatus, soluere teneatur intra quatuor menses expensas cum vsuris; quæ vsuræ hodie nec centesimæ, nec semisses sunt, sed recepta consuetudine, ratione vnius pro singulis quatuordecim: quatuor autem menses incipiunt, non à die perfecti & absoluti operis, sed postquam perfectum est sit interpellatio illa de soluendo; mox à die eius interpellationis currunt quatuor menses: & hæc pertinent ad dictam legem finalem, & ad reparationem rei communis.

CAPVT

CAPVT XX.

De tutore, & curatore, & administratore meliorante, & expendente, & de probatione expensarum.

Notabilia ex capite vigesimo.

1 *Curatorum varia genera traduntur: exhæredationem semper fuisse conseruatam ex causa, & de lege* si furioso, ff.de curatore furiosi: *adducitur locus Ciceronis*, num.2.
3 *Hæreditati iacenti, & absentis bonis, & reipublicæ datur curator.*
4 *Pro debito reipublicæ non debet ciuis carcerari.*
5 *In executione instrumenti contra absentem bonis datur curator*, & num.6. *cùm mulier bona dotalia petit, quæ absens maritus dissiparit.*
7 *Tutor, curator, administrator quomodo conseruent expensas, quas faciunt cum pupillis, minoribus, furiosis.*
8 *An hi donare, & quid donare possint, quidve remittere. Procurator Cæsaris an sit Aduocatus fisci*, num.9.
10 *Præses nostri Senatus Galleci quid, quantúmve donet.*
11 *Hi omnes conseruant sibi expensas quas faciunt domo egressi*, num.12. *horum officium plenum officio est.*
13 *Potest his assignari salarium.* 14. *Quibus aliis possit salarium constitui.* 15. *Expensas personales non imputari in salarium.*
16 *Expensas factas in rem pupilli & reliquorum conseruat tutor, curator & administrator.*
17 *Lites quantum finiant, & incipiant, & de expensis litium.*
18 *Debita recipiunt & soluunt, & expensas in hoc factas recuperant.* 19. *Quid si res pereat commisso, ob non solutam pensionem.*
20 *Meliorationes conseruant sibi etiam factas in re, quæ non extat.*
21 *Miseram esse conditionem pupillorum sine parente.*
22 *Quomodo hi reddant rationem.* 23. *Quomodo probent expensas.* 24. *Ob rem modicam non sunt faciendæ maiores expensæ.*

Oc genus expensarum pertinet ad eos, qui res sibi commendatas gerunt, in quibus ab eo qui mandatum habet, item à tutore argumentum postulandum est: quoniam in his apertè decisum est, quid, quantumve nomine sumptus & meliorationis conseruare sibi possint; vnde de his aliqua nobis quoque sunt attingenda. Administratoris autem nomine vniuersè intelligimus omnes curatores, quales ius agnoscere

consueuit; sunt enim alij, qui dantur maioribus quatuordecim annorum masculis; fœminis verò viri potentibus vsque ad vigesimumquintum annum: híque testamento non dantur; dati tamen decreto Prætoris, vel Præsidis
1 confirmantur, *Institutis de curatoribus, in princip. l.13. tit.16. part.6.* vbi latè Gregorius Lopez. Sunt alij quoque, qui maioribus dantur, rem suam vel negligentibus, vel gerere impeditis: hi sunt furiosi, dementes, venter plenus; illi sunt prodigi, & mulieres, quæ luxuriosè viuunt; de quibus omnibus est lex 1. *& ferè per totum ff. de curatore furioso & prodigo, & aliis maioribus dando*: hi autem curatores sunt sæpè filij parentibus, *l.2.l.4.eod.l.si furioso, 16. eod.* vbi quod licèt testatoris iudicio curatores isti dari neque possint, neque consueuerint, sed Præsidis vel Prætoris decreto, plurimùm tamen poterit consilium patris pro filio prodigo, vt ei omnino confirmandus sit, quem parens dandum esse censuerit: verba autem dictæ legis *furioso*, 16. ibi, *& exhæredasset filium, eique quod sufficeret, alimentorum nomine ab eis certum legasset, addita causa, necessitateque iudicij sui*, ita vulgò intelliguntur, non quòd illo
2 iure necessaria fuisset causa ad sustinendam exhæredationem. Allegant ad hoc legem *in suis, ff. de liberis & posthum.* sed vt nepotibus magis faueret explicitis causis exhæredationis, quibus nepotes excludere possent parentem agentem querela, ex iudicio magis testatoris, quàm ex affectione sua, quia aliàs filij iniqui poterant videri erga parentem suum, si nouas quærerent causas, vt parentem suum excluderent ab hæreditate aui; secuti verò iudicium aui, eiusdemque testatoris nullam iniuriam videbantur facere parenti suo, quia aui testatoris animum & voluntatem adimplerent. Hæc est interpretatio *ad dict.l.si furioso*, ad illa verba, *addita causa, necessitateque iudicij sui*, vt scilicet ideo ibi necessaria fuerit causa exhæredationis, quia nisi proposita fuisset à testatore, non fuisset requirenda ab hæredibus contra exhæredatum, scilicet patrem. Honesta sanè interpretatio, quæ tamen asserat, illo iure, quod Digestorum vulgus vocat, non fuisse necessarium, vt causa exhæredationis adderetur à parente, sed liberum illi fuisse filium exhæredasse, *ex dict. l.in suis*, quæ proculdubio nihil tale dicit, si prudenter intelligatur. Ait illa licitum esse parenti exhæredare filium sine causa, sed id non explicat *in authentico Vt cùm, de appellatione cognosc. §. aliud quoque capitulum.* Occasionem nouæ legi fecit difficultas quæ inerat, in eo scilicet, quæ satis sufficientes causæ forent ad exhæredandum filium: in eo inquit Imperator variè disputatum fuisse; causas verò præmittit semper & vbique necessarias fuisse, necessarioque semper addendas fuisse parenti: nam quod ibi de præteritione dicitur, antiquum quoque est in filio suo, in principio *de exhæredat. liberor. Institutis*; totum negotium erat in ea inuestigatione, quæ causæ sufficientes viderentur, vt ex illis exhæredatio sequi posset: illud nouè constitutum est *in dicto §. aliud quoque capitulum*, vbi expressæ sunt causæ exhæredationis, & quæ illis similes videri possunt, maioresne, aut grauiores, ex Angelo *in l. lex Cornelia, ff. de iniuriis.* Ioannes Lupus de Palacios Rubios *in Rubrica de donationibus, §.16. num.10.* & *in cap. per vestras, 3. notabili, §.20. num.15.* Emanuel Costa *in §. & quid si tantùm, 3. parte, num.175.* post Guillelmum Benedictum *in capit. Raynutius, versic. in eodem testamento, el secundo, num.19.* & alios, quos refert

Couarr.

Couarr. *in cap.Raynutius, in princip. num.*16. planè si veterem antiquorum iudiciorum formam perspicimus, vbicumque de exhæredatione agitur, actumue est, statim desiderata est. Sextus Roscius Amerinus accusatus est Romæ parricidij, defenditur à Cicerone; odium erga parentem comminiscuntur accusatores, inde deducunt, quod pater de exhæredatione Roscij Amerini cogitauerit; has odij causas Cicero ita euertit. *Exhæredare pater filium cogitabat; mitto quærere qua de causa, quæro quî scias? tametsi te dicere atque enumerare causas omnes oportebat, & id erat certi accusatoris officium, qui tanti sceleris argueret, explicare omnia vitia, atque peccata filij, quibus incensus parens potuerit animum inducere, vt naturam ipsam exueret, vt amorem illum penitus insitum eiiceret ex animo, vt denique patrem esse sese obliuisceretur, quæ sine magnis huiusce peccatis accidere potuisse non arbitror.* Hæc Cicero. Vide quæ fuerit antiqua forma iudicij, quomodo iam tunc exhæredatio sustinebatur ex causis, ex peccatis, ex commissis filij erga parentem: vide quàm alienum sit à recta ratione sic existimare ante dictum §.*aliud quoque capitulum, ex dict. l.in suis*, exhæredationem constasse ex sola parentis voluntate: vide quàm longè aliter accipienda sint verba dictæ legis *furioso*, ibi, *addita causa, necessitateque iudicij sui.* Licebat ergo parenti exhæredare filium; sed hæc exhæredatio sustinebatur ex peccato filij, ex delicto, ex impietate, & ingratitudine; non tamen ex sola voluntate exhæredare volentis, quod vulgus intelligit. Hodie tamen illud nouum est, exhæredationem sine causa nihil prodesse, quæ probanda sit ab hærede scripto. Ita intelligenda est communis traditio, & *in dict.l.si furioso*, rectè dicimus, ab auo explicitas fuisse causas exhæredationis, ne nepotes, inquit, iniurij viderentur, si causas requirerent contra parentem; verè tamen etiamsi additæ ab auo non essent, in iudicio requirebantur, ex Cicerone, & forma illa iudicij, quæ pertinent *ad dict.l.si furioso.*

Dantur etiam curatores hæreditati iacenti, hoc est bonis defuncti, *l.*1.*ff.de curatore bonis dando*: item & bonis distrahendis curator dari consueuit, *l.* 2. *ff.eodem*: item ex Carboniano edicto possessione petita si satis non detur, custodiendis bonis curator datur: item & bonis eius qui ab hostibus captus est, *l.*1.§.*æquè personales, ff.de muneribus & honoribus.* Denique eius bonis, qui iam diu abest, nec vbi sit, satis compertum est, curatorem dari ait glossa *in l.cùm cognatos tuos, verbo obseruatione, ff.de postliminio reuersis*: pro qua est textus *in dict. l.*1. §.*æquè*, iuncta glossa *verb.bonis*: quod ita accipiendum est, si absentia magna sit, neque speretur reditus, saltem proximus: glossa *in l. ab hostibus, ff.ex quibus causis maiores*, Bald. *in l.cùm proponas, Cod.de bonis author. Iudicis possidend.* latè Greg. Lopez *in l.*12.*tit.*2.*part.*3. *verb. Que captiuan*; & est ibi textus *in dict. l.*12. ibi: *O non son en la tierra aquellos contra quien el demandador.*

Præterea respublica habet suum curatorem, quem vocamus syndicum, quem debent conuenire debitores reipublicæ, & ab his conuenitur, capitur, incarceratur, non verò singuli de ciuitate, *l.*3.*part.*3. *tit.*2. qui est optimus textus contra istos aguacellos audaces, qui quotidie pro debitis reipublicæ capiunt, & in vincula coniiciunt quem antea oderunt, & eum cum quo sibi simultas & priuata inimicitia intercedit, quod facere non possunt, & faciunt

quotidie, *dict.l.*13. ibi: *Porque la cosa que todo el consejo, o el cabildo, e el convento deviesse, o fuesse tenudo de fazer, non pueden apremiar, por ella à personas ciertas de aquel logar que lo cumplan, como quier que todos en vno sean tenudos de lo cumplir.* Addit aliam rationem prædicta lex 13. & abusum & insolentiam horum aguacellorum damnat Gregorius Lopez post Lucam de Peña, quem ipse adducit, & alios *in l.*15.*tit.*10. *part.*7. Facit lex 4. *tit.*30. *part.*3. vbi Gregorius. Vide Paulum *in l.sicuti, ff.quod cuiusque vniuersitatis.*

Denique vbicunque Prætori æquum iustumque visum fuerit, dabit curatorem bonis, de quo est casus particularis *in l.*31. *tit.*1.*part.*6. qui referri potest ad eos, quos diximus. Facit ratio dictæ legis 1. *& seq. ff.de curatore bonis dando*, & dictæ legis 1. §.*fin. ff.de muneribus & honoribus*: vnde in omni casu vbi agitur de distrahendis, addicendis, vendendis bonis alicuius, qui abest, his curator datur, siue petat qui creditor est, siue non petat: vnde habentes instrumenta guarentigia, si petant executionem contra iacentem hæreditatem
5 aut absentem, nihil valebit executio, nisi curator datus fuerit: item si mulier absente & inope marito agat ad bona dotalia contra creditores, processus erit nullus, nisi bona mariti per curatorem defendantur; & ille curator debet
6 dari à Prætore, aut Præside: denique à iudice. Tenet post Angel. Ioannes de Imola, post Angelum iterum, & Iasonem Gregorius Lopez *in l.*12. *titul.*2. *part.*3. verbo, *Non valdria.* Faciunt ea verba, *Ca de otra guisa non valdria la demanda que ficiesse*: & ibi, *Deue pedir ad juez del logar que de quien guarde aquel pleyto.* In cessione autem bonorum datur curator ex consensu creditorum, *l.fin.ff.de curatore bonis dando.*

7 De his igitur tutoribus, curatoribus, vel administratoribus, tanquam de his qui mandatum habent, quod pertinet ad expensas & meliorationes idem iudicium est; sicuti enim tutor conseruat sibi suas expensas & meliorationes, quas cum pupillo facit dum eum alit, educat, instituit ægrotum & beneualentem, de quo diximus latè *cap.*4. *num.*26. & *cap.*3. *num.*51. faciunt autem curatores has expensas sicuti & tutores, *etiam ad exhibendum cibum, potum, tectum & similia*; ita etiam instar tutoris has quoque expensas alimentorum consequentur; quod quidem extendendum erit, vt recuperent, aut saltem in ratione administrationis refundantur ipsis non solùm alimenta præstita pupillo, vel furioso, cuius tutelam vel curam gerit, sed & alimenta seruis, famulis, domesticisque exhibita; imò & mercedes, non solùm horum, sed & præceptorum qui pupillum instituerint, vel furiosum curauerint ad sanam mentem reducere, *l.*1.§.1. *ff.de tutelis & rationib.l.cùm plures*, §.*final.ff.de administ. tutorum*; dum tamen in his sumptibus adsit modus, scilicet is, quod pupillus erat omninò facturus, & quod curator si opus sibi esset his medicamentis, aut famulis, tantundem cum his fuisset expensurus, *dict. l.cùm plures*, §.*nimium*; neque enim medicum, quem sibi accersisset sextertio, furioso, vel pupillo suo accerset talento; sed curabunt & gerent omnia fideliter vti probos viros decet, quibus res aliena commissa sit: quæ autem probè consumpta fuerint, in ratione administrationis reputabuntur; ex his quæ diximus; & de his est lex 16. *tit.*16.*part.*6. *iuncta l.*20. *eadem partit.& tit.*

8 Et licèt hi omnes habeant hanc generalem administrationem, donare non

possunt

possunt quicquam, *l.* 1. § 1. *ff. de officio procuratoris Cæsaris. Quæ acta*, inquit Vlpianus, *gesta ve sunt à procuratore Cæsaris, sic ab eo comprobantur, ac si à Cæsare gesta essent: si rem Cæsaris procurator, eius quasi rem propriam, tradat, non puto eum dominium transferre: tunc enim transfert, cùm negotium gerens Cæsaris, consensu ipsius tradit. Denique si venditionis, transactionis, vel donationis causâ quid agat, nihil agit: non enim alienare ei rem Cæsaris, sed diligenter gerere commissum est.* Hæc Vlpianus, qui procuratori Cæsaris, qui liberam habet administrationem, negat donandi facultatem. Illud autem obiter adnotabis, nec olim, neque hodie fuisse procuratorem Cæsaris illum, qui causas 9 fisci defendit, longè alius ille ab hoc. Ille res Cæsaris curabat, hæreditates adibat vel repudiabat, atque vniuersa quæ ad Cæsarem, & rem Cæsaris pertinebant, cum illo erant gerenda, vt patet *ex dict. l.* 1. & *per totum ff. de procuratore Cæsaris, vel de officio eius*; hic autem antiquitus dictus est fisci Aduocatus, quem primùm instituit Adrianus Imperator, ex Ælio Spartiano *in vita Adriani, folio mihi in paruis* 75. hic enim fisci Aduocatus nullam vllius rei administrationem gerit, *dict. l.* 1. Præstat optimum argumentum, vt huiusmodi curatores, quamuis habeant administrationem, donare non possint, *dict. l.* 1. *ff. de tutel. & rationibus distrahendis.* Gloss. *in l. quicquid, Cod. arbitrium tutelæ, l. prohiberi, §. planè, ff. quod vi aut clam.* Vnde in Prælatis, Parochis, œconomis, & his similibus habentibus hanc administrationem liberam non admittitur donatio, neque remissio aut renunciatio exceptionis peremproriæ, quia isthuc donare est, Innocentius *in cap. cùm olim, el* 1. *de officio delegati, cap.* 1. *de deposito*, Ioannes Andreas, & alij *in cap.* 2. *de donationibus*; sed neque admittitur remissio debiti, quia donatio est, *l. si quis delegauerit, ff. de donationibus*; nec compromissum item, *l. quod dicitur*, §. *si compromisero, Cod. de euictionibus*: de quo tamen vide latiùs Pinellum *in l.* 1. *de bonis maternis, part.* 3. *num.* 31. de alienatione, compromisso, & transactione *num.* 44. & 45. quoniam illud ad nos nihil pertinet: hoc vnum sic habeto, istos curatores & tutores donare non posse, quia hoc eis nulla, quantumvis generali commissione administrationis concessum est.

Si verò pupillus, vel furiosus, vel absens, aut is, cuius bonis curator datus sit, nobili genere sit, qui dum sanæ erat mentis, vel cuius pupilli parentes quotannis solebant solemnia munera & xenia mittere consanguineis, amicis, Aduocatis, vel aliis, poterit tutor, curator, & administrator hoc genus liberalitatis exercere, nobilesque mores illos retinere, quos non excogitauit primus, sed in ratione rei familiaris inuenit acceptos, & hi sumptus expensæ reputabuntur in ratione administrationis, *dict. l. cùm plures*, §. *cùm tutor, ff. de administ. tutorum*, ibi: *In primis tutor mercedes præceptorum, non quamminimas potuerit, sed pro facultate patrimonij, pro dignitate natalium constituet alimenta seruis libertisque, nonnunquam & exteris, si hoc pupillo expediet, præstabit, solennia munera parentibus cognatis mittet.* Agnouit Palacios Rub. *in rub. donationib. fol. mihi* 5. *in magnis, num.* 5. Segura *in repet. l.* 3. §. *final. ff. de liber. & posth. folio mihi* 3. Ias. *in l. pactum curatoris, de pactis.* Cùm autem legatis soleant legationis causâ munera dari à Regibus, & qui Regiis moribus viuunt, *l. Diuus, ff. de bonis damnat.* curator Regis vel Magnatis po-

terit hæc xenia mittere, & largitiones facere, *ex dict. §. cùm tutor*; imò cùm soleant sæpè pecuniæ theatrales iactari, nuncio prosperè confecti belli, aut litis feliciter iudicatæ allato, poterit tutor, vel curator absentis, pupilli, aut furiosi pecunias iactare; id enim fecisset parens, & sapiens, maioraque, *argum. dict. §. cùm tutor.* Ex quo Andreas Siculus dicebat *in cap. 1. de donationibus*, tutorem, vel curatorem Regis posse facere donationes omnes, cùm minor suscipitur in Regem, quæ consueuerunt fieri à parente, auo & maioribus, cùm fuerunt creati Reges: quod & in aliis omnibus est accipiendum, *argumento dict. §. cùm tutor*, vbi Albericus post Accursium, Bartol. & Raphaëlem; quia has expensas faciunt omnes curatores.

Ex quo in nostro hoc Senatu Galleco Præses donat ex pecunia fiscali ali-
10 quot festiuis diebus, ianitoribus, Sacerdoti, qui singulis diebus sacra facit, & aliis, festiuas quasdam pecunias; sed eas, quas maiores, & qui præcesserunt Præsides, donare consueuerunt: item & morte Principis lugubres vestes curialibus & officialibus; idque meritò, quoniam cui administratio commissa est, permissa est donatio, quæ fieri consueuit ex suprà adductis, & *dict. §. cùm tutor.* Si quando verò aliquid petitur nomine donatiui, tunc Senatus noster consueuit iubere, vt magister scriniorum, vulgò, *Secretario del acuerdo*, apud quem est ratio harum donationum, quæ fieri solent, adducat, quid, quantum, quandóque, & à quo ei datum sit, aut prædecessori eius qui largitatem desiderat; si nihil vnquam datum fuisse compertum sit, nihil datur: habuerunt autem originem *ex dict. §. cùm tutor*, & est recepta sententia in omni genere administrationis, vt donatio permittatur, quæ tamen fieri consueuit.

Præterea hi tutores vel curatores, quod de sociis diximus, expensas sibi
11 conseruant, & in ratione administrationis & tutelæ refundunt, quas ipsi faciunt domo egressi, si alibi res pupilli, aut furiosi gerenda sit, *dict. l. 1. §. si pupillis, versic. item sumptus, ff. de tutelis & rationibus distrahend.* ibi, *& viatica si ex officio necesse habuit aliquò excurrere, vel proficisci*: in quo tamen, vt de sociis diximus, intelligendum est in omni genere expensarum huiusmodi, vt omnino deducatur quod aliàs erat domi suæ expensurus. Diximus sæpè suprà: has autem expensas deducunt curatores, & tutores, & administratores, *ex dict. §. si pupillis, l. si fratres, §. si quis ex sociis, ff. pro socio, l. idemque, §. idem Labeo, ff. mandati*, Paulus & Angelus *in l. numitoribus, Cod. communia de successionibus*, Dynus, Odofredus, Baldus, Albericus *in l. in eos, ff. de tutelis*, Chassaneus *in consuetudinibus Burgundiæ, rubric. 6. §. 5. verbo, & faict la dicte femme*, Rochus de Curte *in cap. final. de consuetudine, quæst. 12.* Oroscius *in l. sumptus, ff. de pactis*, alios refert Gaspar Baëzius *de decima præstanda tutori, cap. 1. num. 3.* denique quas domi faciet expensas tutor, curator, & administrator, de his expensis, quas in personam suam faciunt hi, nullas sibi conseruant, sed conseruant quas faciunt peregrè profecti. Albericus *in dict. l. à tutoribus, §. quemadmodum, ff. de administration. tutor.* & *in l. 1. dict. §. si pupillis, ff. de tutelis & rationib. distrahendis.* Boërius *in consuetudinibus Bituricensibus, titulo de consuetudine iuris stat. person. §. 11. columna 2.* recipit autem interpretationem ex glossa *in dict. §. idem Labeo, in l. idemque, ff. mandati*, ne rusticus, curator, vel tutor, vel administrator, qui pedes iter facere solet, pro pupillo

pupillo eques proficiscatur: denique vt eas expensas pro pupillo faciat tutor, vel curator pro bonis, quas pro se fecisset.

12 Quamuis autem horum omnium officium plenissimum pietate sit, & grato animo soleat exerceri, nullo expectato lucro, *l. in eos, ff. de tutelis, l. à tutoribus, §. principalibus, aliàs quemadmodum, ff. de administratione tutorum, l. qui negociationem, ff. eod. l. si is qui, ff. de eo qui pro tutore gerit,* & tenent antiquiores *in dict. §. principalibus*, Albericus, Bartol. Bald. & Raphaël Cumanus idem *in dict. §. si pupillis, dict. l. 1. ff. de tutelis & rationibus distrah.* & alij plures, quos refert Gaspar Baëzius *dict. cap. 2. num. 2. versic. eiusdem opinionis*: & quamuis nihil magis contrarium sit liberalitati & gratuito officio quàm merces, quæ vna facit vt donationes degenerent in locationes, *l. 1. ff. mandati*; potest tamen ex causa tutori assignari salarium pro labore. Ita probat lex *à tutoribus, §. principalibus, ff. de administration. tutorum, l. idemque, §. idem Labeo, ff. mandati, l. 1. §. si à pupillis, ff. de tutelis & rationibus distrahendis.*

13 Denique in omni genere administrationis & curæ isthuc recipiendum est, ex prædictis iuribus, & *cap. 1. de syndico*, qui est optimus textus: & quia ius quod in his salaria admisit, non est visum respuere in similibus, *l. ob æs alienum, Cod. de prædiis minor.* quod tamen ita accipe, vt necessaria sit facultas Regia, *l. 1. Cod. de præbendo salario, lib.* 10. subintellige id, si de pecunia ad rempublicam, vel fiscum pertinente soluendum sit salarium, *ex dict. l. 1.* ibi, *nulli tribuatur salarium ex iuribus reipublicæ*: vnde consueuit medicis salarium concedi à ciuitatibus, vel ex facultate Regis, vel sub conditione, si Rex facultatem concesserit, argumento legis 2. *§. si sub conditione, ff. de bonorum possess. secundùm tabulas*: & quæ tradit Antonius Gomez *tractat. de successionib. cap. 2. num. 13. & 14.*

14 Vnde capitulum Sede vacante, ad quod iura Episcopalia, quæ pertinent iure communi, transferuntur, non autem quæ competunt iure speciali, Doctores *in cap. 2. ne Sede vacante*, latè Ioannes Andreas *in cap. vno, de maioritate & obedientia, lib. 6.* Præpositus Alexandrinus *in cap. Episcopum, 18. distinctione*, dum iudices creat qui iurisdictionem exerceant, dum vicarios & administratores rebus Episcopi curandis proponit, potest salarium constituere, *dict. cap. 1. de syndico, dict. §. idem Labeo, dict. §. si pupillis, dict. §. principalibus*, vbi Bartol. & optima ad eum additio: notat Cardinalis *num. 9.* & Imol. *in Clement. statutum, de electione.* In quo illud aduertendum est, quod cùm istud salarium sit donatio, non poterit capitulum maius salarium constituere, quàm antea consueuerit dari, ne ex affectione, & amore facultates Ecclesiæ consumantur. Solent enim Canonici Sede vacante in conferendis officiis multa officia, non dicam rependere, sed verè vendere, dum amicis, fratribus, parentibus, cognatis & aliis multò his charioribus officia solicitant; vtinamque Dominus noster Rex Sede vacante gubernationem susciperet; scio rem futuram reipublicæ saluberrimam.

Quibus autem constitui possint salaria, vide Auendañum, qui plures refert *de exequendis mandatis Regum Hispan. part. 1. cap. 2. num. 8.* nempe Iudicibus, Legatis, tutori, testi, Aduocato, notario, sequestro, dimensori vel peræquatori, executori testamentorum, Cathedratico, Decurioni, venatori luporum

adde tu his syndicum, œconomum, omne genus curatoris & procuratoris & Aduocati. Denique magis enumerabis eos, quibus dari non potest, quàm quibus dari potest, ex dictis iuribus.

Hodie apud nos decima fructuum est salarium pro labore & opera tutoris, *l.2. tit.7. lib.* 3. fori legum, quæ lex Gothorum *lib.* 4. *tit. de los herederos*, incipit: *Si el padre*, de quibus Gaspar Baëzius *vbi suprà, per totum*, quod quidem meritò lex constituit, vt faciliùs homines ad hoc officium pietatis inuitarentur.

Cùm autem dixerimus, hos curatores & tutores conseruare sibi expensas
15 & sumptus, quos faciunt domo sua egressi, non in rem pupilli, sed secum, dum equum currúmve quærunt, famulos addicunt, quibus comitati iter faciant, dum maiores expensas faciunt foris, quàm domi erant facturi (de his enim modò est nobis quæstio, nam illas semper deducunt quæ in rem faciunt pupilli:) quæstio est opportuna, an si salarium his constitutum sit, præter salarium possint deducere hi personales expensas, an verò salarium censeatur datum pro his expensis, an facti, an iuris quæstio sit: in qua quæstione si Doctorum sententias inspicias aliud, aliud verò si Iureconsultorum responsa perquiras, respondebis; non desunt enim qui existiment salarium præsumi datum pro his expensis personalibus, quas facit tutor vel curator: quod ex Guidonis *decisione* 625. & Innocentio *in cap. final. de dolo & contumacia*, & Abbate *in cap. finem litibus, de dolo & contumacia*, & Rupellano *l.2. forensium institution. folio* 153. deducebat idem Baëzius *dict. cap.* 1. *num.* 11. sed tamen contrarium decisum est ex Labeonis sententia *in l. idemque*, §. *idem Labeo, ff. mandati*, ibi: *Et si ad vecturas suas dum excurrit in prædia, sumptum fecit, nisi salarium fuerit datum, & hoc conuenit vt sumptus de suo faceret ad hæc itinera, non est de salario.* Quod Vlpiani responsum ex Labeonis sententia proculdubio præter salarium expensas has concedit tutori, nisi salarium, vt ille inquit, pro his expensis expresè constitutum sit; ex quo destruitur præsumptio illa Doctorum: præterea cùm *in §. si pupillis*, sæpè allegato, pro alimentis expressè salarium constitutum sit, ex dicto §. *idem Labeo*, proculdubio tenendum est, nisi aliter constitutum & conuentum sit, salarium non impedire expensarum deductionem, scilicet earum, quæ fiunt à tutore in seipsum, quod est recipiendum *ad dict. l.2. titulo 7. lib.3. fori legum*, vbi simpliciter pro labore constituta decima est: neque memini me legisse aliud Iureconsultorum responsum, quod ad quæstionem pertineat; reliqua omnia sunt eius generis, quæ pertinent ad tutelam, non verò ad tutorem, de quibus nostra quæstio est. Audio quod Speculator tenet hanc opinionem *in §.* 1. *de salario, columna* 2. mihi tamen nihil dicit: præterea video legem Gothorum facere pro hac opinione, vt tutor præter salarium expensas consequatur, ibi, *E si algunas expensas fiziere por los negocios de los hermanos, cobrelo.* Quæ verba ex eo quia generalia sunt, generaliter sunt intelligenda, vt non solùm expensas contineant solutas Aduocatis, procuratoribus, iudicibus, nuntiis, & in rebus minorum, verùm quas tutor, idemque frater secum fecerit; ita tamen si domo egressus fuerit, vt fratrum negotia gerat. Fateor priorem opinionem, si salarium magnum sit, esse æquiorem, sed *ex dicto §. idem Labeo*, non fit iudicium liberum. Tu cogita.

Præterea

Præterea tutor reputat in ratione tutelæ sumptus omnes, quos facit, & expensas in rem, & patrimonium pupilli, *l.consilio, ff.de curatore furiosi, l.3. §.contrarium, versiculo deducuntur, ad finem, ff.de contraria & vtili actione tutelæ, dict.l.à tutoribus, §.principalibus*, sæpè allegato, *ff.de administratione tutorum.* Itaque siue ædificet, siue reficiat, conseruat sibi suas expensas & sumptus, *l.15. titul.16. part.6.* ibi: *E despues desto deuen los guardadores enderecar las cosas del huerfano, que no cayan, e fazer labrar las heredades, e criar los ganados.* Denique expensas omnes has conseruat, quia si prætermisisset, teneretur; nisi enim sarta tecta habeat, tenetur, *l.quicquid, Cod.arbit.tutelæ*, Ioannes de Platea *in l.2.Cod.de condit.in public.horreis*, & Gregorius Lopez *in dict. l.15.* vbi notant de tutore qui horrea non reficit, vnde frumentum corruptum est: denique si vtiliter gerat tutor, conseruat sibi expensas suas, idque iudex arbitrabitur, *l.quod ergo, ff.de contraria, & vtili action. tutel.* ibi, *Iudex igitur qui contrario iudicio cognoscit, vtilitatem pupilli spectabit, & an tutor ex officio sumptus fecerit.* Isthucque non solùm in tutore habet locum, sed & in curatore, administratore, syndico, & in omni eo qui curat rem alienam: textus elegans *in l.1.ff.de contraria & vtili actione tutelæ*, ibi: *Hæc actio non solùm tutori, verùm etiam ei qui pro tutore negotia gessit, competere debet, sed & si curator sit, vt pupilli, vel adolescentis, vel furiosi, vel prodigi, dicendum est etiam his contrarium dandum iudicium. Idem in curatore quoque ventris probandum est: quæ sententia Sabini fuit, existimantis cæteris quoque curatoribus ex eisdem causis dandum contrarium iudicium.* Hæc Vlpianus, ex cuius decisione in omni genere administrationis, & administratoris isthuc recipimus. 16

Præterea lites perficit, & quicquid eo nomine expendit, reputat in ratione administratæ tutelæ, *l. ita, ff. de rationibus, & tutelis distrah.* ibi: *Item sumptus litis tutor reputabit, & hoc est commune tutori, & reliquis administratoribus, qui non solùm cœptas, inuentasque lites prosequuntur, vt perficiant, sed incipiunt etiam quas perire posse putant.* Optimus textus *in l.1.§.illud, ff. de muneribus & honoribus*, ibi, *Æquè personale munus est tutela, cura adulti, furiosi, item prodigi, muti, & ventris, etiam ad exhibendum cibum, potum, tectum, & similia: sed & in bonis, cuius officium est vsucapiones interpellare, ac ne debitores liberentur prouidere.* Textus elegans *in l.sed & si is, §.quoties, ff. de Carboniano edicto. Aduersarius*, inquit Vlpianus, *si satis dederit res quæ tempore peritura, aut deteriores futuræ sunt, distrahere debet: item à debitoribus qui tempore liberabuntur, exigere debet.* Textus *in l.1.ff.de ventre in possession. mittendo*, ibi: *Item si periculum est*, inquit Vlpianus, *ne interim res vsucapiantur, ne debitores tempore liberentur, idem curare deret.* Ita igitur curam hoc quoque officio administrabit, quo solent curatores, atque tutores pupillorum, vt videas quàm eodem iure censeantur hi omnes tutores, curatores, administratores, œconomi, vicarij, & syndici. Facit lex 1. *ff. de negotiis gestis*, vbi hæc omnia quoque in negotiorum gestore habent locum, atque hoc adnotauit glossa *in leg. creditore, verbo debet, ff.de bonis authoritat. iudicis possidend.* & *in l.de curatore, verbo rata, ff.de curatore bonis dando*, vbi Bart. Paulus, & reliqui: possunt autem isti tutores & curatores omnes actiones suas exercere ex officio quod gerunt, etiamsi non sint tempore peritura, nec vllum periculum sit si non experian- 17

 tur;

tur; quoniam facultas litigandi & exercendi causas generalis est, & generaliter concessa, *l.2.ff.de curatore bonis dando*, ibi, *Eisque actiones, & in eos vtiles competunt*: vbi glossa *verbo competunt*, hoc ideo esse ait, quia habent legitimam administrationem; cùm autem omnes, de quibus egimus, habeant administrationem à lege, lege enim authorante hæc genera administrationum inuenta sunt, vt diximus, constat habere hos omnes actiones actiuas & passiuas, quas vocant Scriptores, scilicet pro pupillis & contra pupillos, vt agant & tueantur, siue periculum sit ne actiones pereant, siue nullum periculum sit, *dict.l.1.§.illud, dict.l.1.§.si pupillis, dict. leg.ita autem, §.post completum, l. sed & si is, §. si impubes, ff. de Carboniano edicto*, ibi, *curatorem constitui debere, qui omnia curet & actiones exerceat.* Denique isti curatores, quicquid sine dolo malo expendunt agendo, ædificando, reficiendo, defendendo, interpellando & interrumpendo, conseruant sibi, *leg.1. §. quod de fructibus, per totum, ff. de curatore bonis dando.* Elegans textus *in l.17.tit.16. part.6. El guardador en nome del huerfano deue mandar, e defender el derecho del, en todo pleyto, quel mouiesse, o le fuesse mouido en juyzio.* Quæ proculdubio Accursij difficultatem diluit, dum generaliter definit, nihilque est sollicita, an actiones sint perituræ, necne; liberum habent hi omnes administrationis genus; quicquid ex officio consumpserint, conseruant sibi, vniuersasque actiones experiuntur, etiam perituras, quas si non exerceant, & pereant, tenentur, argumento dictæ legis *quicquid, Cod.arbitrium tutelæ*; & non perituras item, si ex officio agant. Illud tamen aduertendum est, ita lites esse agendas & causas tutelæ & administrationis tractandas, sumptusque faciendos, vt tutor, administrator, curator, syndicus, & reliqui, de quibus agimus, in huiusmodi sumptibus & expensis ita se moderatè gerant, quasi res propria, non aliena gereretur; neque enim pro pupillo, absente, furioso, ventre, vel pro bonis magis expendendum est, quàm pro se expenderet tutor ac curator. Itaque moderata esse oportet salaria Aduocatorum, Procuratoris, legitimos sumptus, certas expensas, iure & lege taxatas, ne sub prætextu pupilli & eius patrocinij vniuersum patrimonium consumatur, néve de re aliena liberales existant. Probat mihi textus *in l.cùm plures, §.nimium, ff. de administrat. Nimium est*, inquit Paulus, *tutori licere respectu existimationis pupilli erogare ex bonis eius quod ex suis non honestissimè esset erogaturus.* Tenent Palacios Rub.& Gregorius Lopez *vbi suprà:* neque admodum ad hoc desiderarem ius, cùm apertè id ratio naturalis poscat: proficuos oportet esse hos tutores & curatores, non damnosos: quod dicimus de expensis, de causis quoque accipiendum est; neque enim debent calumniosas causas instituere, nec quicquam earum nomine expendere, *l.non est ignotum, C.de administrat. tutorum*, & ibi Bartol. Paul. Salycet. textus *in l.si bonam causam, C.eodem*, vbi sumptus permittuntur propter bonam causam.

18 Præterea circa solutiones debitorum expendit etiam tutor, & curator, & reliqui administratores, *l.tutor, §.1. ff.de administrat. tutorum*: sicuti enim debitas pupillis, & his quorum rem gerunt, pecunias exigunt, in eamque rem expendunt, & nisi exigant, nomina tutelæ, aut administrationis pereunt eorum damno, *l.debitoribus, Cod. de administ. tutorem*, ibi, *ad te nominum periculo pertinente, l.tutores, Cod. eod.* ibi, *quarum exactio in periculum tutorum pertinet*:

pertinet: cumque is qui tutori soluit, aut curatori, liber sit, etiam in canone ad vitandam pœnam & fugiendum commissum, *l. sancimus*, *Cod. eod.* ita etiam tenetur soluere debita, *ex dict.* §. 1. Denique sicuti non exigendo debitum tenetur, si liberatio ex tempore contingat; ita nisi soluat, periculum est tutoris, & ad expensas & sumptus & reliqua tenetur, quæ contingant pupillo, vel ei, cuius res geritur, propter non solutum debitum: pone pecuniam debitam cum vsuris; si potest curator, & expeditam habet pecuniam, necesse est soluat, vt vitet vsuras, alioqui sibi imputabuntur vsuræ. Pone debere pupillum, aut eum cuius res geritur, annuos reditus, qui redimi possint, necesse est vt redimat curator si possit, alioqui sibi imputabuntur. Pone emphyteuticum, vel vectigalem esse prædium, necesse est vt pensionem, vel tributum soluat curator, tutor, vel administrator, alioqui sibi nocebunt, non 19
pupillo, aut furioso, aut ei cuius rem gerunt, *l. si tutoris*, *Cod. de administrat. tutorum. Si tutoris*, inquit Imperator, *vel curatoris culpâ, vel dolo, eo quod vectigal prædio emphyteutico impositum minimè dependere voluissent, minoris prædium fuerit amissum, damnum quod ei contigit, ex substantia eorum resarciri necesse est.* Qui est optimus textus ad omnia illa quæ diximus: damnum autem, de quo ibi, an sit res quæ commisso periit, an verò sumptus & expensa quæ fit à minore, vt rem recuperet: itaque an reseruetur ius illæsum minori, ita vt restitutione non indigeat ad consecutionem prædij, quod commisso curatoris periit, an verò restitutione præmissa aduersus illud damnum prædium sit consequendum, iuxta legem *si ex causa*, §. *si in commissum*, *ff. de minoribus*, vbi restitutio necessaria videtur; vide glossam *in dict. l. si tutoris*, *verbo damnum*, Bart. Bald. Salycetum ibi, Bartolum, & alios *in dict.* §. *si in commissum*, Baldus *in l. minorum*, *in fine*, *Cod. in quibus causis in integ. restit.* & *in l. pupillorum*, *Cod. de repudianda hæred.* Ias. *in l. 2. Cod. de iure emphyteutico*, *num.* 49. vide textum *in l. Imperatores*, §. 1. *ff. de publicanis & vectigalibus:* vbi glossa & reliqui. *Iidem rescripserunt*, inquit Vlpianus, *pupillo remittere se pœnam commissi, si intra diem tricesimum vectigal intulisset.* Denique has omnes expensas & sumptus facit hic tutor, curator, administrator, cui res alterius commissa est, soluit, accipit debita, liberat, & liberatur, suumque pupillum, furiosum, vel absentem liberat à commisso, à pœna, ab vsuris, ne faciat expensas omnes, & sumptus refundit ipse pupillo; factas verò deducit in ratione administratæ tutelæ, vel curæ, quod in omni administratore, qui liberam habet administrationem, recipiendum est, argumento dictæ legis 1. *ff. de contraria & vtili actione tutelæ.*

20 Illud animaduersione dignum est, quod tutor & curator, & quilibet administrator, sicuti possessor hæreditatis, meliorationes factas recuperant & conseruant sibi vtiliter factas, licèt non extent res, in quibus factæ sunt, quia perierint, combustæ, vel euictæ sint, si à principio vtiliter sint factæ, *l. planè*, *ff. de petitione hæreditatis*, *ad finem*, ibi. *Planè sic potest in eo differentia esse, vt bonæ fidei quidem possessor omnino deducat, licèt res non extet, in quam fecit; sicut tutor, vel curator consequitur: prædo autem non aliter quàm si res melior sit facta.* Simile est quod de negotiorum gestorum actione tradit Vlpianus *in l. sed an vltrò*, §. *is autem*, *ff. de negot. gestis.* Is autem, qui nego-

tiorum gestorum agit, non solùm si effectum habuit negotium quod gessit, actione ista vtetur, sed sufficit si vtiliter cœpit, etiamsi effectum non habuit negotium; & ideò si insulam fulsit, vel seruum ægrum curauit, etiamsi insula exusta sit, vel seruus obiit, aget negotiorum gestorum actione: quæ sequuntur autem verba *in dict.§.is autem*, nihil faciunt ad nos in hac quæstione: ideoque si vtiliter expenderint isti tutores vel curatores, & administratores à principio, futurus euentus non impedit expensarum deductionem, idque non solùm in meliorationibus est recipiendum, perempta re meliorata, sed & in expensis litium, si lites vtiliter à principio institutæ, aut prosecutæ sint, etiamsi tristem euentum (vt adsolent) habeant, *l. qui mutuam, §.fin. ff. mandati, l.si seruus in rem, in principio, ff.de in rem verso, l. si seruum, Cod. eod.l.quid ergo, ff.de contrario iudicio tutelæ*, ibi: *Sufficit*, inquit Vlpianus, *tutori bene & diligenter negotia gessisse, etsi euentum aduersum habuerit quod gestum est.* Simile est quod Vlpianus tradit *in dict. l.quid ergo*, vt tutor expensas omnes consequatur, quas vtiliter fecit à principio, etiamsi nihil adauctum sit pupillo; & est recipiendum etiamsi plus sit in expensis & sumptibus, quàm in facultatibus, *dict. l.quid ergo.* Potest igitur fieri, vt tutor, aut curator lites suscipiat à principio vtiliter pro pupillo, & maiores expensas faciat, quàm sint facultates pupilli, & infelici euentu litis, nihilo consecuto, necessum sit
21 pupillo pro sumptibus tutori patrimonium & facultates relinquere, *dict.l.quid ergo*, quæ cum *dict. l.planè*, singulares iuris decisiones continent, pupillis & reliquis periculosas; vt videas quàm miserum sit, orbatum parentibus quempiam fortunæ ludibrio relinqui, cui officium tutoris rectè administrantis & rem gerentis facultates adimere potest: vt iam dolos, & machinationes omittamus, quibus miserè pupilli obnoxij sunt, qui officiosa interdùm virtute & curâ perduntur.

22 Quomodo autem administratores teneantur reddere rationem, & quid complecti debeat ista ratio; dic quod continet primùm, scilicet codicem & librum, in quo omnes rationes administrationis scriptæ sint in tutore, *l. 1. §. officio, ff. de rationib. & tutelis*, in curatore, *l. aduersus, l. rationes, Cod. de administrat. tutorum*, in executore testamenti, *l. nulli, Cod. de Episcop. & Cler. cap. tua nobis, cap. Ioannes, de testamentis*, in procuratore, siue ad agendum, siue ad negotia, *l.qui proprio, §. procurator, ff. de procuratoribus*, in negotiorum gestore, *l.2.ff. de negotiis gestis*, in orphanotrophis, & xenodochis, siue hospitalariis, *l. orphanotrophi, la 1. Cod. de Episcopis & Cleric. Clementina 2.§. vt autem, de religiosis domibus*, & generaliter quicumque rem administrauerit, in qua sit acceptum, & expensum, codicem habere debet, qui contineat rationem accepti & expensi. Tenet & resoluit post Bart. *in dict. l.2 ff. de negotiis gestis*, Bald. *consil.* 137. *lib.*5. Romanus *consil.* 414. Socinus *consil.*46. *libro* 1. Decius *consil.*533. Carolus Molineus *in consuetudinibus Parisiensibus, tit.1.§.6.gloss.6. num.*14. *& seq.* cuius methodum in hoc sequimur. Ait ille tamen, quod si res quæ geritur, eius qualitatis sit, in qua nulla reperiatur ratio accepti & impensi, quod excusabitur administrator ab hoc codice & libro rationum. Idem ait si fortè expediebat ei, cuius res administratur, ne patrimonium detegeretur, quod tunc excusatur administrator ab hoc

libro,

libro, per *l.2.§. tractari, ff. ad Trebellianum*, Bart. *in l.tutor qui repertorium, numero 16. ff. de administrat. tutor.* Ludouicus Romanus *sing.* 104. & Hippolyt. *notabili* 502. adde tu *l.20. titul. 16. part. 6.* & rationem huius vide præter ipsos, & deduc *ex l. 2. Cod. quando & quibus quarta pars debeatur, lib.* 10. ibi: *Quid enim tam durum, tamque inhumanum est, quàm publicatione, pompáque rerum familiarium & paupertatis detegi vilitatem, & inuidiæ exponere diuitias.* Qua ratione possunt plerique excusari à confectione inuentarij: melius est pupillis sæpè diuitiarum opinionem conseruare, quæ vtilis sæpe est, quàm facto inuentario, paupertatis detegi vilitatem, quæ per totam vitam noceat & impediat felices successus: quod cùm admittamus circa inuentarium, administrator tamen librum debet habere expensarum, ex his quæ diximus; id enim vult dicta lex 20. partitæ, & dicta lex 2. Omissio enim inuentarij potest habere singularem illam excusationem, omissio codicis expensarum non item.

Contra hunc, qui non habet hunc codicem & librum expensarum accepti & expensi, iuratur in litem, *l.1.§. in officio, ff. de tutelis*; ita enim præsumitur contra illum qui non fecit librum expensarum, sicuti contra eum qui non fecit inuentarium. Bald. *in dict.§. officio.* Omisit enim illud, ad quod sciebat se teneri, ideóque dolo imputamus, *l. si procuratorem, §. dolo, l.dolus, ff. mandati*, & ita iuratur contra eum, Bart. *cons.* 150. Angelus *cons.* 277. Romanus *cons.* 518. idque ex regula legis *in actionib. ff. de in lit. iurando*, & quæ notantur *in l.si quando, Cod. vnde vi, l.tutor qui repertorium, in princ. ff. de administ. tutorum.*

Hic autem expensarum codex debet sigillatim, clarè & distinctè habere expressas omnes & singulas expensas, quid, quantum, quocum, quove die, mense & anno expensum sit: idem de accepto, ita vt minutissima quæque capita accepti & expensi contineat, vulgò, *Cuenta por menudo, l. cùm seruus, ff. de conditionib. & demonstrat.* quæ est Callistrati Iureconsulti: sed illud inquit ille, vt rationes reddat, quomodo seruus reddere solet, idest legendas offerre, ratione primùm, deinde computandas, vt explorari possit computationes an improbè referantur, accepta rectè sint relata, an non rectè, *l. qui sub conditione* 110. *ff. de condit. & demonstrat.* ibi, *Sed & quod reliquum per contextum scriptum est remanere apud eum*: *l.vbi purè 37. ff. de fideicommissar. libertat.* ibi, *corpora planè rationum*: & ibi, *& de singulis instituere*: *leg. si pater, 47. §.si Sticho, ff. de fideicommissar. libertat.* ibi, *cuius arbitrio rationes computentur*: textus optimus *in l.si statulibera, §.fin. ff. de statuliber.* ibi, *rationum autem reddendarum conditio, quod ad reliqua quidem attinet, in danda pecunia consistit; quo autem ad ipsa volumina rationum tradenda, percontandasque & examinandas rationes, & dispungendas, atque excutiendas factum habet.* Denique oportet adesse libros, qui sigillatim contineant minutissimas quasque expensas, & acceptas quoque pecunias, vt his collatis inuicem, facilè constet debitum. Ex quibus iuncta *l.pro socio 38. ff. pro socio*, inter socios id quoque recipiendum est, vt in his quoque liber rationum desideretur, qui contineat accepta, expensaque societati imputanda, *l.si igitur 56. ff. pro socio*, ibi, *eum in societatis rationem hoc contulisse.* Est enim hoc generale in omni administratione, vt

diximus, vbi acceptum & expensum reperiatur. Ita notat Bart. & post eum Ioan. de Plat. *in l. comperimus*, per illum textum, *de nauiculariis, lib.* 11. adde legem *siue ex prætoriano, Cod. de exceptoribus & exactoribus, lib.* 12. vide semper Bartol. *dict. cons.* 150.

23 Vnde si liber expensarum & rationum non habeat hæc capita, & confusus sit, ita vt rationes dispungi & concludi non possint, nihil releuat; & ita est, ac si confectus non esset. Bart. *dict. l. tutor qui repertorium, num.* 18. cùm autem rationes possint dispungi, tunc rectè factum liberum censemus, etiamsi dies locusve factæ expensæ additus non sit, quia Iureconsulti id duntaxat desiderant, vt rationes conferri possint, vnde debita constent.

Hoc tamen intelligit Abbas *cons.* 12. *lib.* 1. *in* 6. *dubio*, & Socinus *dict. cons.* 73. *lib.* 1. & *in cons.* 40. *lib.* 4. vt non habeant locum inter consanguineos, quod non probo, cautiùs enim inter hos agendum est, viuitur enim (vt ille inquit) ex rapto, non hospes ab hospite tutus, nec gener à socero; fratrum quoque gratia rara est: illud tamen rationem habet, vt si appareat oculis opus confectum, neque qui expendit fortè contulit in librum; tunc enim quia ad oculum constat, per æstimationem peritorum taxari poterit. Bartol. *in l. qui sub conditione, ff. de condit. & demonstrat.* nullum enim periculum est quod scriptæ non sint expensæ, cùm possint commodè taxari; quod erit obseruandum in meliorationibus.

Præterea is qui librum hunc exhibet, debet probare omnia capita eius vera, itaque debet probare verè omnia à se expensa, *dict. l. qui sub conditione,* ibi, *docere debet, constare fidem de omnibus quæ ab eo gesta sunt*: hæc autem probatio aliquando admittit priuata syngrapha, neque enim semper postulat authentica instrumenta, aut testes omni exceptione maiores; imò admittit hæc probatio coniecturas arbitrio iudicis, ex fide, integritate, & qualitate eius qui consumpsit & expendit, ex qualitate expensarum; ideóque in hoc plurimùm commissum est iudicis prudentis arbitrio. Baldus *in rubr. Cod. de fide instrum.* Corneus *in l. final.* §. *in computatione, Cod. de iure delib.* Carolus Molineus *vbi suprà, num.* 21. quod si expensæ sint modicæ, sufficit iuramentum eius qui expendit, attenta eius qualitate. Speculator *tit. de instrumentor. edition.* §. *nunc verò aliqua, versiculo vigesimo, quid si executor.* Bart. & omnes Scribentes *in dict. l. fin.* §. *in computatione, Cod. de iure deliber.* Carolus Molineus *vbi suprà, num.* 25. Baëzius *vbi suprà, cap.* 21. *num.* 28. paruæ autem expensæ sunt iudicis arbitrio: diximus suprà, *cap.* 11. *num.* 16. iudex autem arbitrabitur, an expensæ huiusmodi sint rationabiles, an rectè fieri potuerint; vbicumque enim statur iuramento alicuius, id ita accipiendum est: similia dicit Bart. *in l. inter omnes,* §. *rectè, num.* 3. *ff. de furtis. in l. quemadmodum, Cod. de agricolis & censitis, lib.* 11. Alex. *in l.* 2. §. *per procuratorem, ff. de acquirend. possess.* & *in consil.* 47. *lib.* 6. Iason *in* §. *sed istæ, num.* 92. *Institutis de actionib.* Carolus Molineus *vbi sup. num.* 27. ob idque si expensæ non sunt verosimiles aut rationabiles, planè nihil creditur iuramento eius qui expendit, Paulus & Ias. *in dict.* §. *in computatione*: & pertinent hæc ad probationem expensarum & meliorationum: non solùm quod attinet ad administratores, syndicos, tutores, curatores, sed ad omne genus expensarum deducimus, vt vbicumque de

expensis

expensis & meliorationibus agamus, in vsufructuario, fideicommissario, emphyteuta, vassallo, conductore & reliquis, de quibus agimus, vt probare debeant suas expensas & meliorationes, etiamsi librum rationum in his qui ad rationem non tenentur, minimè poscamus.

Adde quod isti non tenentur has impensas ostendere à se factas, cùm enim factæ reperiantur, ab his præsumuntur factæ, qui facere tenebantur; in hoc enim nulla probatio requiritur, nisi & hoc quoque in dubium reuocetur. Bartol. *in l. cùm seruis, ff. de verbor. obligat.* vide latè Carolum Molineum vbi suprà, *num.* 28. qui infert ad aliqua: vide tu suprà *cap.* 4. *num.* 26. *&* 27. de pupillo, qui non præsumatur vixisse de vento, & quæ ibi adduximus ex Alciato; conueniunt enim cum his quæ adducit Carolus Molineus.

Præterea is, cuius iuramento creditur, debet sigillatim dicere expendi tot in tali re, non verò confusè expendi mille, vel duo millia, & debet addere causam expensarum. Bartol. *in dict. l. qui sub conditione*, Ioannes Andreas ad Speculat. *de instrumentorum editione*, §. *nunc verò aliqua*, *vers. duodecimò*, *quid si executor:* quod tamen non multùm refert in expensis verosimilibus & rationabilibus, vt suprà diximus. Hæc igitur pertinent ad probationem; de æstimatione verò dicendum nobis est infrà.

Non debet autem suscipere tutor, vel administrator, neque prosequi lites, in quibus plus expendendum sit, quàm vltimo iudicio sit consequendum, ex Abbate *in cap. de appellationibus*, *tit. de appellationibus*; & est optima interpretatio ad omnia quæ diximus, vide ad hanc limitationem quæ diximus suprà *cap.* 11. *num.* 16. *&* 17. 24

CAPVT XXI.

De variis, & extraordinariis sumptibus & expensis.

Notabilia ex capite vigesimoprimo.

1 *Qui restitutionem facere tenetur, suis sumptibus & expensis facere debet: adducitur distinctio.*

2 *Qui ægrotantem curauit, & ob eam rem impendit, expensas recuperat, etiam ab inuito.*

3 *Per subtractionem quoque quis occidere potest.*

4 *Qui pro damnato capitaliter, vel corporaliter appellando expendit, etiam ab inuito expensas recuperat.*

5 *Iudex ordinarius, qui territorium circumit suum, domo egressus suis sumptibus & expensis viuit.*

6 *Satis bene constitutum erat, vt qui stipendium vnum habet, alterum habere non possit.*

7 Multiplicatio

7 *Multiplicatio stipendiorum sæpe facit à iusto aberrare.*
8 *Delegatus & missus à Principe, ab eo habet sumptus & expensas.*
9 *Si à partibus petatur, à partibus habet expensas; de damnis non tenentur.*
10 *Iudex delegatus domi suæ iudicans, expensas non habet à partibus.*
11 *Sportulas tamen habet, quas nos nostro nomine vocamus,* Derechos.
12 *Sportula olim continebat centum quadrantes.*
13 *Quadrans, dipondius, sestertius, & denarius quid.*
14 *Sestertium in genere neutro quid.*
15 *Explicatur epigramma Martialis elegantissimum.*
16 *Aureus Romanus, & aureolus quid.*
17 *Exercitamenta diurna Romanorum; adducitur epigramma Martialis.*
18 *Adducitur locus ex Cornelio Tacito difficilis.*
19 *Quæ fuerit Romanis & Græcis cœna ex sportula.*
20 *Dominus iurisdictionis suis sumptibus creat iudicem literatum, aut illiterato dat assessorem.*
21 *Ius confiscandi principaliter Principi, aliis Nobilibus item competit.*
22 *Pœnæ fiscales sunt fructus iurisdictionis.*
23 *Relatoribus deberi publicum stipendium, & certum constitui.*
24 *Ludi publici & publica spectacula facienda sunt expensis publicis.*
25 *Si ære alieno grauata & oppressa sit respublica, ab spectaculis abstinendum est.*
26 *Quod restat ex ludis & spectaculis ad rempublicam pertinet, etiam vestes.*
27 *Dominus soluta mercede famulo, potest retinere vestem. Explicatur lex* Titia, §.1. ff. de auro & argento legato.
28 *Referuntur Græcorum, Romanorum & Hispanorum ludi & spectacula.*
29 *Publica spectacula & publici ludi lege approbati.*
30 *Si Princeps timore belli muniat castrum alicuius nobilis, non potest ab eo expensas illas repetere.*
31 *Potest Rex noster ponere milites præsidiarios in castro alicuius nobilis, eo inuito.*
32 *Imperium & regna propter ciuium vtilitatem instituta sunt.*
33 *Exhaustis & consumptis opibus Regis ciues tenentur contribuere vt regnum defendatur.*
34 *Mare est eius cuius est territorium adiacens.*
35 *Pyratæ expellendi sunt expensis Regis, si grassentur in mari adiacenti territorio Regis.*
36 *Expensæ, quæ fiunt in supplicationibus publicis, vulgò* En las processiones, *cuius expensis fiant.*
37 *Supplicatio antiquis quid, quid etiam acclamatio, & Litania.*
38 *Regulares olim & hodie post decretum Concilij Tridentini compelli poterant venire ad processiones publicas.*
39 *Adducitur alius casus expendendi in ludo nostro chartarum pictarum.*

1 PRimùm tumultuarium hanc, quam hoc capite cœpimus, expensarum ferraginem, quæ ad certum genus reduci non potuerunt, à restitutione incipimus, in qua quoque ratio sumptus & expensarum admissa est: is enim, qui restituere tenetur, suis sumptibus & expensis facere debet restitutionem, vnde absenti

senti facienda restitutio sit, qui longiùs absit, illucque necessum sit adduci & afferri pecuniam, aut rem restituendam, quantumvis magni sumptus faciendi sint: existimat Sotus faciendos eos esse ei qui restituere tenetur, idque *lib. 4. de iustitia & iur. q. 7. art. 1. ad 3. arg.* secutus Richardum *in 4. Sentent. dist. 15.* quam sententiam Sotus temperat, adducta distinctione inter ea quæ debentur & retinentur, quæ tamen restituenda sunt, an retineantur à principio per vim & iniuriam, aut furtum: sic distinguit Imperator *in Authentico vt nulli iudicum, collatione 9. §. quia verò, vers. pro furto, vers. fures autem vocamus*: an verò retentio à principio facta sit ex causa contractus, cui dolus causam non dederat, cuius tamen iniquitas posteà apparuit: hoc casu si ante tempus faciendæ restitutionis abfuit is, cui ea erat facienda, nullæ sunt faciendæ expensæ ab eo qui restituere tenetur: sat est si professus rem suam non esset, sed alienam, eius scilicet cui restituenda esset, si adesset apud sequestrum publicum, aut apud iudicem deponas, vt certior factus eius dominus, recepturus adueniat, aut mittat suis expensis & sumptibus: si verò per iniuriam, vim, dolum, aut furtum retinueris à principio, requirere dominum tuis expensis & sumptibus teneris, eóque rem aut pecuniam adsportare, vt restituas: idem dicendum est priori casu, scilicet, si eo tempore cœperit abesse, quo sciebas iam tibi rem alienam restituendam ei esse; si enim opportunè cùm posses non restituisti, tunc morosus damna expensarum & sumptuum pateris, cùm sine causa distuleris quod facere tenebaris, *arg. l. mora*, & quæ ibi scribentes, *ff. de vsuris, l. fin. ff. de periculo & commod. rei vend. l. si ex legati causa, ff. de verbor. l. 27. tit. 5. partit. 5.* Segura *in repet. d. l. si ex legati causa, num.* 158. Scriptores *in l. quod te mihi, ff. si certum petatur.* Facit etiam illud, quia restitutio importat redditionem, vt ita dicamus, rei quæ iniustè vel aufertur, vel retinetur; id 2
enim poscit iustitia commutatiua. Etenim qui rem retinet alienam inuito domino, & iustitiam violat, & charitatem debitam proximo; vnde Paulus *ad Romanos 13. Reddite*, inquit, *omnibus debita; cui tributum, tributum*, &c. & ibi, *Nemini cuiquam debeatis:* & Christus Dominus *Matth. 22. Reddite*, inquit, *quæ sunt Cæsaris Cæsari.* Vnde Tobias *cap. 2.* cùm vocem balantis hœdi, quem vxor attulerat, audisset: *Videte*, inquit, *ne fortè furtiuus sit; reddite eum dominis suis, quia non licet nobis aut edere ex furto aliquid, aut contingere*: qua ratione, nec rapere, nec retinere debita possumus, cùm tempus solutionis & restitutionis elapsum sit; vnde vel surripiens, vel retinens, restitutionem tuis expensis facere debes, si restituendi facultatem nactus, eandem omiseris; vnde onus sumptuum expensarúmque succrescet, & meritò, quia nec ferendus sit morosus debitor, neque nimium delicatus creditor.

Aliud genus expensarum illud est, quia si fortè infirmus prohibeat, ne medicus sibi accersatur, néve medicamenta morbo adhibeantur, si eius qualitatis 3
sit, vt curari debeat, præsumitur furiosus, *l. quidam, ff. de cond. inst. c. fin. de successionib. ab intestat.* quæ duo iura in argumento id probant, sed illud fortius est, quia vita nihil charius est, quam odit qui medicamenta contemnit & medicum, si verè medicus is sit, cui vitam committere possis, quos ego raros esse arbitror: neque multùm interest mortem inferas, an admittas, vt inquit *cap. 1. 83. distinctione*, ibi: *Non est grandis differentia, an lethum inferas,*

vel admittas: mortem enim languentibus probatur infligere, qui hanc, cùm possit, non excludit: hæc Gratianus, *cap. pasce*, 86. *distinctione*. *Pasce* (inquit Ambrosius) *fame morientem*; *quisquis enim pascendo hominem seruare poteris*, *si non paueris*, *fame occidisti*: vbi est optima glossa *verbo*, *Occidisti*, quando per subtractionem quis occidisse visus est, *l. necare*, *ff. de liberis agnoscendis*. Tunc verò repugnante isto ægroto si tuis expensis medicum accersas & medicamenta adhibeas, poteris quidem vel ab eo, vel ab hæredibus has expensas tibi conseruare, quia vtiliter negotium eius gesseris, *l. Pomponius*, *ff. de neg. gestis*; idque etiamsi moriatur æger, sufficit enim quod vtiliter à principio rem eius gesseris, *l. sed an vltro*, *ff. eod.* glossa optima *in d. c.* 1. 83. *distinct.* quam ibi sequuntur Interpretes, Archid. & Præpositus, Barbat. *in rubric. de solutionibus*, Bart. *in l. Stichus*, *ff. de peculio legato*, vbi bona additio, *num.* 1. *litera B*, quæ sequitur glossam prædictam; & est ibi similis glossa, & iterum glossa approbat Speculator. *titulo de salariis*, §. *postremò*, *num.* 4. vbi bona additio, singularem fecit Romanus *sing.* 123. qui ait glossam illam esse incognitam Legistis & Canonistis, cùm nihil sit magis vulgatum: latè de illa Decius in regula *inuito*, *num.* 2. *de reg. iuris*, & apud Bartol. *in dict. l. Stichus*, & apud Decium *in*
4 *dict. regula inuito*: vide quod qui soluit condemnationem pro eo, cui amputanda erat manus, nisi ad certum tempus soluisset, recuperat solutum, licèt eo inuito solutum sit, argumento eorum quæ in specie legis *non tantùm*, *ff. de appellat.* vbi pro eo qui ducitur ad supplicium quilibet potest appellare, etiamsi ille acquiescat sententiæ, qui appellauerit & eo nomine expensas fecerit, etiamsi nihil proficiat; si tamen à principio vtiliter expendit, & expendendi rationabiles habuit causas, expensas recuperat, quas fecit, *dict. l. sed an vltrò*, dicta glossa recepta *in dict. capit.* 1. sensit additio ad ipsam glossam. Item ex his patet interpretatio *ad l. at si quis*, §. *idem Labeo*, *ff. de relig. & sumpt. funer.* vt si quis aliquem funerauerit inuito eo, vel eius hæredibus, expensas possit consequi, argumento dictæ legis *sed an vltrò*, & dictæ glossæ, & quæ diximus.

5 Item est illud genus expensarum quod pertinet ad iudices, quos distinguimus in delegatos & ordinarios, qui in multis conueniunt, in multis verò separantur, quod modò omittimus, nostras expensas secuti: ordinarius iudex, si extra domum intra territorium sit profectus, vt ius, iustitiámque faciat, vel vt prouinciam suam visat, finésque circumeat & terminos affigat, expensas quas facit in victu, equis, curribus, etiam eas quas domi non erat facturus, à nemine conseruat, *cap. cùm ab omni*, *de vita & honestate clericorum*, *l. illud*, 10. *quæst.* 3. abstinere enim debent ab omni lucro, quouis quæsito colore, ne iustitiæ administrandæ, & iuris dicendi occasionem in turpissimum lucrum conuertant, *l. omnes*, *Cod. ad leg. Iul. repetundar.* Neque enim licet vendere iustitiam, *cap. non licet*, 11. *quæst.* 3. contenti debent esse stipendiis suis, *Lucæ cap.* 3. & 86. *distinctione*, *cap. non satis*, vide Abbatem *in cap. etsi quæstiones*, *de simonia*, vide DD. *in cap. statutum*, §. *insuper*, *de rescriptis lib.* 6. Speculator *in titulo de salariis*, §. 1. *num.* 8. Gregorius Lopez *in l.* 7. *tit.* 17. *partit.* 3. *verbo*, *Deue dar*: quod expressiùs iure nostro constitutum est inter leges quæ dantur vrbanis Prætoribus, quorum instar de reliquis iudicamus, & quotidie

fit

fit in syndicatu: neque quicquam iudicem excusat quod stipendium non habeas, prouidere enim sibi debuit de stipendio, aut minùs illud omittere: neque nomine harum expensarum quicquam accipere debent, imò nec quicquam nomine condemnationis, quod antiquiores nostræ leges extendebant ad quoscunque iudices, *l.23. tit.4. lib.6. veteris ordinamenti*; quæ lex sanctissima erat, & reipublicæ saluberrima, vt is qui stipendium aliàs habet à Rege vel republica, egressus aliquò, alterum stipendium non habeat, sed computato antiquo stipendio necessarias expensas, vt neque lucrum capiat, neque damnum patiatur. Vnde antiquo nostro iure Auditor qui extra Senatum aliquò profectus est, debet quidem habere non nouum & cumulatum stipen- 6
dium, quod hodie fit, sed expensas duntaxat, in his computato stipendio: hodie verò particulari dispositione in singulis Senatibus singula stipendia & cumulata constituta sunt Auditoribus Senatu & domo egressis, idque præter ordinarium & antiquum stipendium; multa verò suadent, vt legem illam existimemus sanctissimam, quâ expensæ duntaxat præstantur, scilicet dictam legem 23. *tit.4. lib.6. ordinament.* meliùs enim & digniùs, vtiliùs & honestiùs consuleretur reipublicæ, ciuibus, & Principi, quàm multiplicatis stipendiis ipsorum minui & consumi patrimonium & substantiam, adaucta re iudicis vnius, vel alterius, cui abundè vnico stipendio satisfactum videri posset, aut saltem refusis expensis, quas faceret, vltra stipendij quantitatem. Vide quæ adducit Gregorius Lopez *in dict. l.7. tit.17. part.3.* Non semel enim, vt ista multiplicatio stipendiorum contingeret, protritas legum fuisse vires, conculcatamque iuris authoritatem compertum est; adde nihil esse pestilentius quàm Senatorem diutiùs extra Senatum commorari, idque experimento sæpè didici, ob idque odi istas commissiones factas Senatoribus. Hoc autem pestilentiæ genus sæpè facit expectata stipendiorum cumulatio, pauci enim sunt ea animi integritate, vt oblatum quæstum respuant.

Ordinario verò dantur pro visitatione expensæ & sumptus, *cap. cùm Apo-* 7
stolus, de censib. cap. sopitæ, eod. item cùm consecrat Ecclesiam, *cap. cùm sit Romana, de simonia*; non autem cùm reconciliat. Bald. ibi, & *in additione ad Speculat. dict. tit. de salariis*, §.1. *num.9. littera L.* In hoc autem consuetudo recepta plurimùm poterit, ex eodem Speculatore *dict.* §. 1. *dict. num. 9. & numero* 13.

Si est delegatus à Principe ad causam Principis, à Principe habet expensas, 8
Gregorius Lopez *dict. l.7. tit.17.* antiquitus eo modo quo receptum erat *dict. l. 23. titul.4. lib.6.* Hodie verò aliter fit, de quo proximè diximus: si verò ad petitionem partis, tunc à parte expensæ præstantur, ad victum, vecturam, & equitatum; stipendium tamen non dabatur, *dict. cap. cum ab omni, de vita &* 9
honest. clericorum. cap. charitatem 12. quæst.2. Nemo enim cogitur suis expensis militare, *capit. iam nunc, 38. quæst. 1. cap. cùm ex officij, de præscriptionib.* Hæ autem expensæ & sumptus moderati esse debent, & quales consueuerunt fieri domi, quod latè diximus capite proximo, & notat Speculator *dict.* §.1. *in principio*, vbi quod pars non debet resarcire damna iudicij, quæ contingunt propter ipsum iudicium, veluti si dum proficiscitur ad locum iudicij, in latrones incidit, & spoliatus est supellectile, & pecuniis, in his expensis ea

damna non continentur: multa ad hoc allegat idem Speculator *dict.* §. 1. *vbi suprà*, quem vide.

10 Imò neque expensas expectabit si domi suæ iudicium expediat, quod agnouimus capite proximo, neque facilem arripiet occasionem, vt domo egrediatur, accepturus expensas, quod satis abundè decisum: est textus *in c. p. statutum*, §. *insuper*, *de r. scrip. us*, *lib.* 6. qui textus satis pro Doctore est: vide Speculatorem *dict.* §. 1. *in principio.* Neque tamen existimes prohibitum iudici delegato accipere sportulas: vocant nouiores sportulas, quos nos nostro nomine

11 Hispano vocamus, *Derechos*, *in authentico de sanctissimis Episcopis*, *collat.* 9. & alibi sæpè, §. *sportularum*, *authentic. sed hodie*, *authent. generaliter*, *Cod. de Episcopis & Clericis*, *cap. indicia*, §. *offeratur*, 3. *quæst.* 3. & alibi. Cœ-

12 pit enim illud nomen in hac acceptione, cùm olim expensam diurnam significaret, quam nos hodie vocamus, *Racion.* Solebant enim Romani ditiores eos alere, qui sibi aderant tota die, quique ipsos officij causâ comitabantur, quique ipsos togati ipsi quoque summo mane salutabant, hi ferè quos hodie *Escuderos* vocamus, quibus pro victu diurno, cibo, potu, sportula præstabatur. Iuuenalis *satyrâ primâ*,

—— Nunc sportula primo
Limine prima sedet, turba rapienda togata.

Et *satyrâ* 3.

Nonne vides quanto celebretur sportula fumo.

Martialis *lib.* 1. *epigrammat.*

Dat Baiana mihi quadrantes sportula centum.
Inter delicias, quid facit ista fames?
Redde Lupi nobis, tenebrosaque balnea Grylli:
Tam malè cùm cœnem, cur bene, Flacce, lauor.

Vides sportulam constasse centum quadrantibus: quadrans erat quarta pars

13 assis: assis numisma si conferas ad nostra, facit *Quatro marauedis*, ex Budæo; dipondius facit *Ocho marauedis*, sextertius *Diez marauedis*, qui continebat duos asses & dimidium, & erat quarta pars denarij, scilicet, *Diez marauedis*, quia denarius erat numisma, quòd ad nostrum collatum efficiebat, *Quarenta marauedis*: itaque denarius continet decem asses, sextertius quartam partem

14 denarij, qui & dicitur nummus æris. Vnde sextertius & nummus æris idem sunt. Sextertium autem genere neutro continet mille sextertios, scilicet, *Diez mil marauedis*, vnde idem est in vera computatione sextertium, & mille sextertij; quadrans verò paruum & vile est numisma, quod continet quartam partem assis, vulgò, *Vn marauedis.* Sportula igitur continebat centum quadrantes, vulgò, *Cien marauedis*, atque ea erat antiquis Romanis sportula, ex

15 Martiale *lib.* 3. *epigram.* 7. *Centum miselli iam valete quadrantes, ante ambulonis congiarium lassi, quos diuidebat balneator elixus: quid cogitatis, ô fames amicorum, Regis superbi sportulæ recesseruat, nihil strophcarum est, iam salarium dandum est.* Hactenus Martialis; hæc autem apertè explicat epigramma Martialis eruditissimum, apud quem doctiores aliquando impingunt, est *lib.* 10. *Epigr.* 73.

Millia viginti quondam me Galla poposcit,
Et fateor magno non erat illa nimis.

Annus

Annus abiit, bis quinta dabis sextertia dixit:
Poscere plus visa est, quàm priùs illa mihi.
Iam duo poscenti post sextum millia mensem:
Mille dabam nummos, noluit accipere.
Transierant bina forsan, trinave kalenda,
Aureolos vltrò quatuor ipsa petit.
Non dedimus, centum iussit me mittere nummos,
Sed visa est nobis hæc quoque summa grauis.
Sportula nos iunxit quadrantibus arida centum:
Hanc voluit, puero diximus esse datam.
Inferiùs nunquid potuit descendere: fecit.
Dat gratis, vltrò dat mihi, Galla nego.

Principio itaque Galla poscebat sibi millia viginti, scilicet sextertiorum, genere masculino, hoc est, *Docientas mil marauedis*; post annum poscebat decem sextertia genere neutro, nempe dimidium eius quod priùs poposcerat, scilicet, *Cien mil marauedis*, post sextum mensem poscebat duo millia nummûm, hoc est sextertiorum, nempe, *Veynte mil marauedis*; dabat mille nummos, *Diez mil marauedis*, hoc est dimidium; post duos menses poscebat quatuor aureos (nam diminuto verbo vsus est Martialis propter carmen) aureus autem Romanus continebat centum nummos æris, siue centum sextertios. 16
Andreas Alciatus ad Cornelium Tacitum *lib.*11. vnde faciebat, *Dos ducatos y medio*, vnusquisque aureus; in vera computatione, *Mil marauedis*: poscebat ergo Galla quatuor aureos, qui efficiunt, *Quatro mil marauedis*, quod neque dedit Martialis: posteà poposcit centum nummos, hoc est, *Mil marauedis*; sed neque illud assecuta est. Postremò voluit ipsam sportulam, scilicet, centum quadrantes, hoc est, *Cien marauedis*, eos datos à se puero dixit Martialis, vt victum quæritaret, quæ summa vilissima erat, & famem appellarat Martialis *dicto Epigrammat.* 27. *lib.*1. Habes quid fuerit Romanis sportula: dabatur autem Romanis togatis, qui veniebant summo manè salutatum. Tunc enim fiebat salutatio illa ab his qui sportulam erant accepturi. Martialis *lib.*4. *Epigrammat.*7. dum diurna exercitia refert, ita inquit, quod est elegans Epigramma, vt noscas quibus Romani rebus studuerint singulis diebus: de nobilioribus & opulentioribus loquimur. 17

Prima salutantes, atque altera detinet hora,
Exercet raucos tertia causidicos.
In quinta varios extendit Roma labores,
Sexta quies lassis, septima finis erit.
Sufficit in nonam nitidis octaua palæstris,
Imperat extructos frangere nona thoros.
Hora libellorum decima est, Eupheme, meorum,
Temperat ambrosias cum tua cura dapes:
Et bonus æthereo laxatur nectare Cæsar,
Ingentique tenet pocula parca manu.
Tunc admitte iocos, gressu timet ire licenti
Ad matutinum nostra thalia Iouem.

Accipe Romanis distributum diurnum laborem; eò autem diximus, vt intelligas summo mane primis duabus horis solitos fuisse dare sportulas salutantibus; itaque sportula continebat centum illos quadrantes, & quadrans quarta erat pars assis, decem autem asses efficiebant in vera computatione denarium. Plinius *lib.*33. *cap.*3. in militari, inquit, stipendio semper denarius pro decem assibus datus. Cornelius Tacitus *libr.*1. *Annalium vrbis Romæ*, ait rebellantes milites ab Imperatore conquestos, quòd non amplius acciperent quàm decem asses diurnos: faciebant autem ex Plinio denarium, scilicet,
18 *Quarenta marauedis cada dia*, quod erat diurnum stipendium militare: agnoscunt Alciatus & Æmilius Ferretus ibi, ad Cornelium Tacitum, ex quibus mihi difficillimus locus est apud eundem Tacitum *in eodem lib.*1. cùm enim seditione orta, rebellantes milites conquererentur, quòd singulis diebus pro stipendio diurno nihil amplius haberent quàm decem asses, per Clementem Centurionem petebant, vt denarius diurnum stipendium foret. Si enim dabantur decem asses, quorsum denarium postulabant: locus Æmilio Ferreto aut mendosus & corruptus est; aut nulla interpretatione conciliandus; tu autem conciliabis facilè ex his quæ tradit idem Plinius *dict. lib.*33. *cap.*9. & doctissimus Couarruuias *de Numismatibus cap.* 2. *num.* 7. *versic. sed & illud.* Ex his legata Cæsaris, eorúmque summam intelligere poteris apud Tacitum & Suetonium, item & Equestrem & Senatorium censum. Vnde illud Martialis:

Quadraginta dedit, tanti vocat ille pudicam,
Quod ad nos nihil attinet, qui in sportulas incidimus.

Procedente deinde tempore cœperunt sportularum nomine significari, non
19 expensæ; sed illud quod pro expensis subrogatum est, vulgò *Derechos*, dictum est. Has itaque sportulas habent delegati, scilicet, *Sus derechos*; expensas autem domi minimè: atque ex his patet interpretatio *ad l.*1. §. *Aduocatos, ff. de variis & extraordinariis cognitionibus*, quam quantitatem efficiant centum aurei, quos ibi pro palmario accipiunt Aduocati. Aliud autem Romanis antiquioribus fuit cœna ex sportula, ex Athenæo *Dypnosophistarum lib.*8. *cap.*14. scilicet cùm amici, vicinive cœnas, quas domi paratas habebant in sportulis, in vnam coniungebant, vulgò *juntar las collas*.

Sequitur vt expensas illas subeant Domini iurisdictionum, qui iurisdictionis
20 emolumenta & commoda percipiunt, vt suis sumptibus & expensis debeant creare iudices literatos, aut iudici illiterato assessorem constituere, qui causas dirimat, decidat, & componat, ex lege, iure, & institutis, & patria consuetudine. Iniquè enim & grauiter peccant, qui ignauos iudices creant: voco autem ignauos, viros illiteratos, etiamsi ingenio vigeant, & experimento docti esse videantur: quoniam quod attinet ad decisionem causarum, & iudiciorum ordinem, quæ iudicia instruere, & dirimere suis sumptibus debent Domini, nihil sapiunt isti illiterati; sæpè enim dilationes protrahendæ, sæpè contrahendæ sunt, sæpè ab ordine iudiciorum constituto decedendum est, cùm sit sæpè summus ordo ordinem nullum seruasse. Sæpè tamen sæpiùs non est temerè decedendum à lege: isthuc autem nouit Iurisperitus, non legis, & iuris ignarus. Omitto iudiciorum vltima pronunciata & sententias, quas immeritò

tò sententias (nisi à litterato, qui sentire possit rei difficultatem, de qua agitur, proferantur) appellabis: quapropter meritò Domini tenentur iudices literatos creare, aut illiteratis assessores dare suis sumptibus & expensis, nihílque expectabunt à vassallis, quia cùm fiscales pœnas arripiant sibi, & lucrum faciant ex iurisdictione, necesse est, vt ex istis commodis sumptus & expensas faciant ad exercendam iurisdictionem; natura enim id poscit, vt sumptus eò tendant, quò & commoda.

Licèt enim ius confiscandi propriè loquendo Principi competat, qui non recognoscat superiorem, vt est Rex noster Inuictissimus, glossa famosa *in rubric. C. de iure fisci, lib.*10. vbi Scriptores omnes post Bart. *num.*4. & Bald. *in l.*1. *C. de hæred. vel actione vendit. num.*8. ex priuilegio tamen aut præscriptione potest id ius inferioribus competere. Bald. *vbi suprà*, Ioan. de Platea *in l.* 1. *C. de bonis vacantibus*, *lib.* 10. *num.* 2. Guillelmus Benedictus *in cap. Raynutius, de testament. verbo, & vxorem nomine Adalasiam*, *num.*293. Capycius *decisione* 185. *num.*3. *&* 4. Carolus Molineus *in consuetudinibus Parisiensibus, titul.*1. §.3. *num.*170. vnde plures nobiles in nostro Gallecíæ Regno applicant pœnas ad reparationes mœnium, aut ædium; idque temerè, cùm possint Cameræ applicare, & sibi; quod præterea quod est contra ius, quia ex priuilegio vel præscriptione, quâ iurisdictionem habent, fiscus quoque intelligitur habere, periculosa est ea pœnarum applicatio; cùm enim applicatæ illæ pœnæ sint reparationi mœnium in bonis maioratus, successor fortè poterit petere pecunias applicatas, vt ex illis mœnia reparentur: quare consultius est sibi, Cameræque suæ pœnas illas applicare; neque enim aliter potest constare iurisdictio inferiori à Rege nostro, quàm aut priuilegio, aut præscriptione, vnde ius confiscandi nactum est: vnde nihil nobilis timere debet, etiamsi pœnas fiscales percipiat à iudice suo fisco applicatas. Sunt enim istæ pœnæ fiscales quasi fructus iurisdictionis, commoda & emolumenta, si minùs fructus dicendæ sint, quæ pertinent ad possessores Baroniæ, & Dominatus, & eos penes quos est ipsum ius iurisdictionis & creandi iudices; ideoque pertinent ad maioratus possessorem, Prælatum, Episcopum, vsufructuarium, & emphyteutam, quibus territorium cum iurisdictione concessum est. Bald. *in l. fin. ff. solut. matr. num.* 2. Iacobinus de sancto Georgio *de feud. verbo de castro Rubei montis*, *vers. quæro etiam*, Palacios Rub. *in repetition. rubr. de donationib. inter virum & vxor.* §.62. *num.* 11. Tiraquel. *de retract. conuentionali*, §. 5. *gloss.*4. *num.* 18. Boërius *decis.* 180. *num.* 4. Cùm igitur percipiat fructus & commoda iurisdictionis, necesse est aut peccent grauissimè in Deum, aut literatos creent iudices, aut illiteratis assessores addant, qui suis expensis non litigantium lites dirimant & componant: iniquum satis enim est, miserum rusticum litigatorem, spoliatum à procuratore, scriba, & Aduocato, tandem suis nummis & pecuniis comparare sibi Doctorem, qui causam suam diiudicet, cùm illud pertineat ad dominum, quem quantùm existimo, restituturum puto quidquid eo nomine à litigatoribus extortum est. Alex. Seuerus assessoribus stipendia & salaria instituit, quamquam, &c. refert Ælius Lamprid. *in eius vita, folio mihi* 398.

Vnde quoque existimo, Dominum nostrum Regem Inuictissimum omninò

nò teneri ex hac ratione relatoribus expensas & sumptus præstare, vel stipendium constituere, quia causas forenses referunt: putóque nihil minùs decere authoritatem Senatus & vtilitatem ciuium, & causarum optimam definitionem, quàm relatorem sumptus à litigatore expectare. Hic enim si quærere Aduocatum, procuratorem, & defensorem tenetur, idque suis sumptibus & expensis, certè Rex per iudices suos videre debet causas, intelligere & diiudicare: quod si iudices relatore indigeant, illud expensis Regis & sumptibus, non collitigantium futurum est, experimentóque didici multò vtilius fore reipublicæ, & causarum decisioni, si relatores ex stipendio à Rege constituto alerentur, quàm si ex litigatore misero, qui omnem, cùm ad relatorem perueniat, pecuniam consumpsit, expensas eas expectet, quas facere debet Rex, qui iudicare tenetur per iudices, qui & factum per se intelligant, & ius decernant; pertinent enim ille expensæ ad iudicium, quod suis sumptibus Rex facere tenetur, postquam commoda & iurisdictionis emolumenta percipit.

24 Sequitur sumptus ille, qui quotidie fit ad publica spectacula, & in publica lætitia, statis diebus, vel in aduentu, ortúve Principis; publica enim illa spectacula in hac publica lætitia non sunt facienda expensis & sumptibus ciuium, sed reipublicæ, & de his bonis quæ communia dicuntur, siue ex redditibus publicis; neque possunt hi sumptus fieri, si postea ciues ex bonis suis priuatis expensas sint subministraturi, supplentur verò ex pecunia communi; sunt enim bona quædam, quæ reipublicæ censentur, sicuti priuata priuatorum, quæ nos vocamus propria nostro nomine ex facultate Principis; ex his supplentur isti sumptus publici, si verò bona publica nulla sint, ab his abstinendum est spectaculis. Licet enim hæc bona debeant conuerti in communem vsum ciuium, *l.20. titul.28. partit.3.* ibi, *Deuen ser metidas empto communal de toda la ciudad, o villa cuyas fueren.* Vnde bona communia, & communitatis, & reipublicæ, propria dici meruerunt, *l. inter publica*, & ibi glossa, *ff. de verbor. significatione*, in ipsis spectaculis expendi tamen possunt, & meritò, *l.1. C. de expensis ludorum, lib.11.* vbi ita sunt expensis publicis facienda spectacula, ne tamen respublica aliis necessariis expensis egeat; si enim mœnia diruta sint, muri solo æquati, vrbs ruinis deformis, sine templo, ponte, fontéve, aut propter necessarios sumptus ære alieno grauata, satius est illa omnia reparari, quàm his spectaculis & festiuis ludis magis rempublicam onerare; quod ita temperandum est, vt liberata republica, & restituta in antiquum splendorem, soluto omni debito, & ære alieno, ex antiqua consuetudine spectacula edantur; quæ tamen ita exhibenda sunt, vt ministris
25 nihil aliud acquiratur, quàm lætitia. In hoc enim par debet esse ministrorum & reliquorum ciuium conditio: vnde quod superest ex spectaculis, & ludis, & lætitia, ad rempublicam pertinet, & reuertitur. Arcus enim qui fiunt vrbani, theatra, & triumphalia carpenta, item cultus, vestimenta, & reliqui apparatus ministrorum, mimorum, omnia denique peractis ludis venduntur, si seruando seruari non possunt in futuros ludos, & in publicos vsus conuertuntur: ita resoluit Auendañus *de exequend. mandat. Regum Hispaniæ,*
26 *part. 2. cap.10. num.13.* Ex qua ratione existimat vestes illas triumphales trabeis antiquioribus persimiles, quæ dantur vrbium Rectoribus in aduentu

Principis

Principis, vt venientem Regem ornati quadam veluti trabea sub vmbella serica exceptum in vrbem inducant, excepto Rege esse eas restituendas reipublicæ, nec debere remanere apud Rectores, cùm sint expensæ propter publicam lætitiam, quâ finitâ nihil magis apud Rectores, & reliquos ministros reipublicæ remanere debet, quàm apud reliquos ciues, ne cum iactura reipublicæ ministri occasione eius lætitiæ ditescant, idque tenet argumento glossæ *in l.id vestimentum, ff.de peculio*, in quo licèt glossa illa opportuna sit, magis tamen facit decisio textus *in dict. l.id vestimentum*; ex qua in peculio serui dicimus esse eam vestem, quam ita dedit dominus, vt seruus ea perpetuò vteretur, argumento cuius dici poterit, non esse Rectoris vrbani id vestimentum, quod à republica accipit, non liberè, sed vt in publica lætitia ad splendorem reipublicæ vtatur: argumento eius legis glossa ibi, *verbo peculij*, existimat contra famulos, pedisequos & pueros seruitores, vt si vel domo à Domino eiiciantur, vel decedant ipsi, possit Dominus retinere vestimentum illud quod dederit, solutâ mercede seruitij, illudque nec adito, neque expectato iudice, ait Montaluus *in l.4. tit.4. lib.4. Fori leg.* in nobilibus enim isthuc apprimè 27 necessarium & vtile est: sæpè enim pedisequos istos anteambulones, puerosque seruitores certa vestimentorum & conformi compositione elegantiùs ornant, non tam ipsius, quàm proprio splendori consulentes. Tunc verò æquissimum est, vt abiens & decedens famulus vestimentum illud relinquat soluta mercede, quo alius indutus certus ille ordo, & splendor vestium constet. Hanc autem vestium conformium compositionem, quam vulgus vocat *Libream*, vocat Iureconsultus Synthesin, *l. Titia testamento*, §. 1. *ff. de auro & argent.legat*. Præmissa eius verbi acceptione facilè intelliges verba eius legis, aliquibus enim difficillima visa sunt. Hæc ergo vestimenta neque famulis, neque Rectoribus, neque seruis liberè data intelligi possunt, sed magis vt Dominus splendeat, vtque Respublica illustretur. Quapropter *ex dict.l.id vestimentum*, non est vestimentum illud in patrimonio, nec in re eorundem, sed domini & reipublicæ, quæ addenda sunt Auendaño vbi suprà; qui tamen ex eo quod de vestimentis pretiosis traditum est ab Scriptoribus in viro & vxore, ad Rempublicam & Rectores argumentatur, de quo tamen non egimus *cap.8. num.38.* & veram rationem adduximus, non ex præsumpta donatione, vt reliqui, sed ex necessitate alimentorum, quæ vestes quotidianas continent, non pretiosas: denique idem Auendañus ait ita se vidisse practicatum contra Rectores villæ de Madrid, quæ antiquis fuit Mantua Carpentanorum; ego tamen in hoc plurimùm consuetudini antiquæ & vsui recepto, & legitimo tribuo, qui in hoc, vt in reliquis, plurimùm poterit; quamuis enim id pos- 28 cat iuris rigor, induci consuetudine contrarium posse non est dubium, vt latè diximus supà *cap.7.* & ita si casus offerrentur, ad consuetudinem confugerem, quæ optima interpres est; quod enim iam factum est, regula est eius, quod fieri debeat; idque quotidie censet Senatus noster in his rebus, quæ ad largitates, & erogationes pertinent, vt diximus capite proximo latè.

Est autem illud sanctissimè receptum, vt populus publicâ lætitiâ recreetur; nulla ætas, nulla Respublica hoc genus expensarum repulit: habuit Græcia sua olympia quinquagesimo quoque mense repetita, ab Olympia vrbe nomi-

nata, quò vniuersa iuuentus Græciæ ad illam celebritatem ludorum confluebat, vbi sese cæstibus, cursu, saltu, disco, & palæstra exercebat, salutaria reipublicæ exercitamenta. Troiani ludos hos publicos agnouerant, si Virgilio credendum sit, nec magis existimandum sit sui temporis mores antiquitatis numini consecrasse, quod non semel ab eo factum est. Persæ, Ægypti, Galli, Hispanique, si Iustino, Trogo, Beroso, Cæsarique habenda sit fides, multùm huic publicæ lætitiæ tribuerunt. De Hebræis notissima festa sunt: Romani adeò in hoc cæteros excelluerunt, vt in hac vna re cum reliquis omnibus contendisse meritò videri possint: extant passim apud Plutarchum varia ludorum genera, plura apud Tacitum, Ælium Lampridium, Iulium Capitolinum, Ælium Spartianum, & alios eius temporis Scriptores. Omitto Liuium, qui non semel causas quoque, originesque ludorum exquirit: hinc pyllæ incensæ in media arena, vt ardore pyllarum feræ magis sæuirent; hinc lustra, instar olympiorum, sed religiosa magis quàm olympia; hinc decennia, quæ extant apud Pollionem *in vita Gallieni*; hinc cyclopea, hinc hecatombæ, hinc gladiatores, theatra, carpenta, mimi, histriones, pugiles; hinc arena, circus, & bestiarum celeberrima spectacula, quorum veteribus ingens vsus maximum sumptum, & sæpè admirabilem expensarum summam exæquauit; hinc naumachia, cæteraque amphitheatralia exercitamenta, de quibus multa Martialis in amphitheatrum Cæsaris; hinc hominum cum feris prælia, eorum præcipuè qui damnati capitaliter reperiebantur: sæpè enim capitis pœnam deuictâ ferâ vitabant, atque ob eam causam ex prouinciis Romam afferebantur, idque lege lata, si tales essent, ac tanti artificij, vt sæuissimas feras in conspectu Principis, & populi Romani vincere & subigere possent. Tunc enim non licebat Præsidibus prouinciarum hos interficere, sed ad Principem Romam mittebantur, vt in spectaculum ederentur populo Romano, idque obtinuit post legem latam, quam Paulus reliquit memoriæ *in l. ad bestias, ff. de pœnis*. Florente verò Roma ante legem illam in prouinciis feris exponebantur omnes, quoscumque Princeps, Præsesve oderat: scribit ad Ciceronem Asinius Pollio, Cæsarem ludos publicos fecisse Gadibus; in his gladiatores, feras, & feris ciues Romanos obiectos refert *epistola* 208. *lib.* 10. *epistolarum familiarium*: hinc compitalitij ludi, qui compitalitiis diebus fieri solebant, de quibus Cicero *in Oratione in Pisonem*, 18. Kalendis Ianuariis: hinc votiui ludi, qui ex voto fiebant, deinde Romani, quos Respublica Romana, vt populum Romanum recrearet, faciebat post nonas sextiles, decimo die; hinc victoriæ ludi, hinc plebeij, quos actione secunda in Verrem enumerat Cicero; hinc polluti ludi, quibus polluta religio expiabatur. Cicero *de Aruspicum responsis oratione*: osciorum etiam ludorum & scænicorum recordatio est apud Ciceronem *ad Marcum Marium*: deinde Respublica Romana infinitum prope ludorum genus, acceptis aliquot à Græcis, addidit; quibus ciues suos populumque Romanum exhilarauit. In his expensarum erogatio permissa est,
29 & multæ prærogatiuæ horum ludorum artificibus concessæ, *l. vna, Cod. de expensis ludorum*, & per totum Codicem *de spectaculis scænicis & lenonibus, lib.* 11. permissumque populo est insaniâ suâ frui festiuis diebus, & ludos renouare suos antiqua consuetudine receptos, expensis publicis, *l.* 4. *Cod. de paganis*:

ganis: *Si quid vt prophanos ritus*, inquit Imperator, *iam salubri lege submonimus, ita fastus, conuentus ciuium, & communem omnium lætitiam non patimur submoueri, vnde absque vllo sacrificio, atque vlla superstitione damnabili exhiberi populorum voluptates, secundùm veterem consuetudinem, ministrari etiam festa conuiuia, quando exigunt publica vota, decernimus.* Præsidibus quoque prouinciarum ea cura iniuncta est, vt in ea re laborent, vt ludi publici exhibeantur, *l.* 1. §. *quies, ff. de officio Præfecti vrbis.* Hispani quoque nostros publicos ludos habemus, congressus cataphractorum, hastatorum equitum grauioris armaturæ, vulgò *justas.* Deinde sequitur ludus ille leuioris armaturæ: scutata agmina variis coloribus distincta, mutuò sese ligneis virgis lacessunt; equites non extentis cruribus, sed ad ephippium reflexis proplitibus totum circum, totam arenam circumeunt, ambiunt, obequitant, nunc huc, nunc rapti illuc, celeres, citi, veloces, nunc curui, nunc recti, nunc procidui dimicantes, quod cataphracti facere non possunt, vulgò, *Cañas*; proprius Hispanorum ludus à Mauris receptus, quibus ille equitandi vsus est. Alius ludus annulus ferreus est, qui suspenditur è fune vtrinque distento: currunt hastati equites, vt immissa hastæ cuspide currentes annulum rapiant: ludicrum ludi genus, & puerile, vt hoc exercitamento instructi cataphracti & hastati congredientes, hostem rectiùs perquirere noscant, vulgò *Sortija*: taurorum spectaculum simile est bestiarum spectaculis, quos cordatiores Romani facilè negligebant; vt enim inquit Cicero ad M. Marium, quæ potest esse homini politico delectatio, cùm aut homo imbecillus à valentissima bestia laniatur, aut præclara bestia venabulo transverberatur: inuisum est plerisque ex nostris taurorum hoc spectaculum, quibus cum Cicerone non multùm suaue est bestiam aculeis ferreis transfigi, lugubre autem maximè & triste hominem à tauro dilaniari: in his sunt Bernard. Diaz de Lugo *in sua praxi criminali, verbo Publicis spectaculis*, Ioannes de Medina *in tractatu suo restitutionis, quæst.* 21. *ad finem.* Gregorius Lopez *in l.* 57. *tit.* 5. *part.* 1. *verbo Lidiar los toros*: idem facit Auendañus *vbi suprà*, 1. *part. cap.* 10. *num.* 12. qui omnes, excepto vno Medina, aiunt raro posse contingere hoc spectaculum sine labe mortalis criminis, ex eo quod descendens in arenam cum bestia dentata aut cornuta, peccet mortaliter, & adspicientes notati sint infamiâ, glossa *in cap. qui venatoribus*, 86. *distinction.* quæ glossa cùm de his intelligit, qui operas suas locant, vt cum fera prælientur, non potest eò protrahi, vbi quispiam pedibus, cursu, celeritate confisus, arteque & ingenio, experimentoque instructus, & viribus, audeat cum fera dimicare. Longè enim illius & huius ratio est. Adde quod glossa non ita clarè loquitur, vt mortalem labem protinus inesse dicat. Prætereà licèt ita intelligenda sit, fortè de his loquitur, qui pretio operas suas locant, vt cum feris dimicent; non verò de his, qui feræ sæuitiam constanter expectantes, facilè verò declinantes, aut viribus, aut ingenio inspectantem populum varia delectatione recreant. Solebat Dauid Hebræus (*Regum* 1. *cap.* 17.) dum pasceret patris sui greges, ingruentem leonem vel vrsum adire, fugientem persequi, persecutum percutere, & ab eorundem ore eruere hœdum, vel arietem, quem è medio grege arripuerant, insurgentesque aduersus suffocabat, sæpeque leonem & vrsum interfecit cum ipsis congressus; quo

exemplo (de nostris Sacerdotibus nihil loquor) existimamus eum qui viribus, celeritate, cursu, ingenio sæpè cum feris dimicauit feliciter, nihil peccare, etiamsi in arenam cum fera dimicaturus certa mercede allectus descendat; in qua enim re Philisthæus ille Goliath à fera differebat? & teneræ ætatis adolescens Dauid pacta mercede cum eo in arenam descendit? neque ideò existimandum est peccasse, propter quam rem variè laudatus est à populo Hebræo, quasi decem millia hostium solus interfecisset; quaque vna re regnum Iudæ commeritus est. Sic igitur constitue, eum peccare grauiter, qui temerè, sine arte, viribus, & ingenio, desperatáve vita in arenam moribundus cum fera congreditur, cornibus, vnguibus, dentibus feræ confodiendus; non is qui feram vel fallere, vel vincere consueuit, siue vltrò is, siue mercede pacta in arenam descendat: adde equestrem dignitatem, & ordinem, equorumque industriam, & equitum peritiam in Hispania vix sine taurorum spectaculis conseruari posse; aluntur enim ad eam rem à nobilibus nobilissimi equi, magno comparati: sine his spectaculis pauciores reperti sunt, atque hi desidiosiores, & inertes: semel itaque edita lege à Summo Pontifice hæc spectacula prohibita sunt, iterum verò permissa, clericis verò spectare non licet, quod lege nostra Partitæ sanctissimè constitutum fuerat, *l.57. titul.5. partit.1.* vbi alia ludorum quoque genera referuntur. *Cuerdamente*, inquit, *deuen los porlados traer sus faciendas, como homes de quien los otros toman exemplo, assi como de su es dicho, e porende non deuen yr a ver los juegos, assi como alancar, o bohordar, o lidiar los toros, o otras bestias brauas, nin yr a ver los que lidian. Otrosi non deuen jugardados, nin tablas, nin pelota, nin teiuelos, nin otros juegos semejantes destos.* Idem constitutum est in Concilio Bracharensi 4. *actione* 5. *capit.*8. in vltima parte, & in Concilio Cæsaraugustano anno 1566. *cap.* 1. & in Synodo Valentiniana, *actione* 1. & in Concilio prouinciali Toletano *actione* 3. *capit.* 26. irritantur vota de agitatione taurorum, vide Bernardinum de Sandobal *de officio Ecclesiastico Canonico*, 4. *parte*, *cap.*8. vbi, vt solet reliqua, doctè & eruditè idipsum attingit. Alij quoque ludi sunt varij, sed hi Hispanis familiares; solent enim insanire cariùs quàm reliqui, instituta sæpè naumachia oppositis in medio foro; & in mediterraneis vrbibus triremibus ad eam duntaxat insaniam summis sumptibus constructis, arcem sæpè erigunt magnis expensis, quam bellicis instrumentis fortiter propugnatam fortissimè expugnent: aliquando armata agmina congrediuntur, vera initi prælij species: omnia autem hæc si res ac tempus poscat, in publica lætitia expensis fiunt publicis; nemo enim cogendus est insanite suis sumptibus, & in ratione expensarum reponuntur, nec qui rationibus præsunt publicis, quicquam de ea re ampliùs perquirunt, si in his ludis hæc pecunia publica consumpta reperiatur. Hactenus de expensis ludorum.

Illud quoque ad expensas pertinet, vt si Princeps, vel Rex muniat castrum,
30 vrbem, aut arcem alicuius nobilis, timore hostium & ingruentis belli, ne irruant in regnum, néve vrbem, aut arcem vi capiant, vnde non possint eiici nisi maximis sumptibus & viribus, vndéque securiùs cætera debellare possint, finito bello, aut sublato belli timore, non potest Rex repetere à nobili expen-

sas

sas illas, quas ita facit, vt abradi sine læsione non possint, dum mœnia muniuit, aggeres erexit, fossas aquarias excauauit, bellica instrumenta composuit; neque Nobilis tenetur quicquam ea ratione soluere; tormenta autem sulphuraria, reliquósque belli apparatus adsportabit Rex, quia auferri sine læsione possunt: propter alias autem expensas, quas diximus, etiamsi apprimè necessariæ sint, vel vtiles, nihil expectabit à nobili & Domino vrbis, aut arcis; quia dominus noster Rex Hispaniæ tenetur ciuem illum, reliquósque omnes ciues tueri & defendere suis expensis & sumptibus. Francisc. Cremensis *singulari* 25. qui allegat Bald. *in l. si aliquam, ff. de officio Proconsulis & Legati*, tenet Cæpola *titulo de seruitutibus vrbanorum prædiorum, cap.* 39. *in fin.* Angel. *in l turres, C. de operibus publicis*, Thomas Grammat. *consil.* 13. Boërius *in tract. de custodia clauium*, Fernandus Menchaca noster *illustrium quæstionum lib.* 1. *cap.* 6. *in princ.* potest enim Rex noster ponere præsidiarios milites in castro, & vrbe ciuis sui, inuito eo, nec exquirenda est ratio, nec inquirendum consilium Regis, cur id faciat; vnus enim & supremus Dominus est in suo regno, cui omnes subiecti sunt, suppositi, & obedientes; solus fundat in vniuersa Hispania dominij ius; ab eo tanquam à fonte perpetuo & perenni omnes sunt veluti fluenta deriuati, ideò subiecti, & suppositi sunt, & præcepta eius tanquam sacrosancta adimplere, & opere efficere tenentur. Illud verò sibi remittere cui faciat, *l. fin. de pignoratitia actione*, *& de nauicularijs non excusandis, lib.* 11. hi verò sumptus & expensæ ad Principem pertinent, qui tueri debet ciues, eorumque res, filios, & bona, idque quantum per regias facultates licuerit; quoniam regna, imperia, & ditiones omnes, Reges, & Imperatores creatos & acceptos esse constat propter ciues, & ciuium publicam & priuatam vtilitatem, vt ab eo defendantur, quem sibi Ducem, Imperatorem, & Regem esse voluerunt, cuique tributorum percipiendorum vim, facultatemque permiserunt; creantur enim à populo, qui in eos omnem vim & potestatem contulit, vt deinceps eius industriâ, ope, & diligentiâ tutus & securus quiescat, Princeps verò togatus, & armatus quietem illam tueatur & defendat: glossa & Abb. *in Clem. vna, de baptismo*, quam allegat Menchaca *illustrium quæstionum cap.* 1. illa tamen nihil dicit, etiamsi enumeret illos, quos Principis appellatione nominare licet. Allegat tamen alios, quos videre per te poteris, eamque opinionem ipse tuetur; res tamen clarior est, quàm vt longa & numerosa allegatione egeat; nisi enim in re maximè controuersa, vbi veritas vix indagari potest, vitiosam semper dixi Doctorum cumulationem. Est nobis præter Aristotelem & Platonem, quos ipse adduxit, elegans lex 2. *tit.* 10. *part.* 2. ibi: *La tercera guarda es del daño que les podria venir de los de fuera que se entiende por los enemigos, ca destos los deue el guardar en todas las maneras que el podiere, e sera entonces muro, e amparanca dellos, assi como dixeron los antiguos que lo deue ser.* Quæ lex ita debet concordari cum lege finali, *tit.* 20. *part.* 2. vt Princeps omnino teneatur; exhaustis verò & consumptis Principis opibus, in subsidium Princeps teneatur, sed ex facultatibus ciuium: facit authentica *vt iudices sine quoquo suffragio*, *§. oportet, collatione* 2. vt enim inquit Greg. Lopez *in dict. l. fin.* priùs ad hoc est requirendum marsupium Regis, deinde eo consumpto ad collectas ciuium deueniendum.

31 32 33

ueniendum est: allegat Bald. Cyn. Iserniam: quod tamen intelligendum esse ait in territorio Regis, & infra fines regni; nam extra territorium ciues suos defendere non tenetur. Archidiaconus *in cap. si quis peregrinos*, 24. *quæst.* 3. Angelus *in l. ne quid, ff. de incendio, ruina, naufragio*, quæ omnia sunt addenda Menchacæ *vbi sup.* & quæ ipse tradit Greg. Lop. *in dict. l. fin. & l.* 2.

34 Ex quibus illud constat euidenter, quia mare est eius, cuius est terra, cui adiacet: glossa notabilis *in cap. vbi periculum*, § *porrò*, *super verbo territorium, de electione lib.* 6. quam ibi approbant Canonistæ, & præter eos Bald. *in cap.* 1. *in principio, quibus modis feudum amittatur*, & *in l. penultima, ad finem, Cod. de institutionibus & substitutionib. sub condit. factis, in Authentico vt omnes obediant iudicibus*, §. 1. & *in l.* 1. *column.* 2. *de sententiis ex periculo recit.* idem *in cap. ex literis, ad fin. de probationib.* & *cap. accedens, el* 2. *vt lite non contestata*, vbi quod ille qui est in mari, quod regitur per ciuitatem maritimam, dicitur esse in districtu illius ciuitatis: textus *in l. Insulæ, ff. de iudiciis*, vide alia apud Rodericum Suarez *allegatione* 17. *in principio*, cui adde Bartol. *tractat. de Insula*, §. *nullius esse creditor*: textus optimus *in l.* 1. *Cod. de classicis, lib.* 11. quam adde ad ea quæ tradit Suarez, Corsetus *singulari verbo iurisdictio*, Angelus *in dict. l. Insula, ff. de iudiciis*, Gerardus de Petra sancta *singulari* 15. quia ea quæ fiunt in mari adiacente territorio, dicuntur fieri in territorio, quod sicuti Rex noster tenetur suis sumptibus & expensis defendere ab hostibus, ita quoque tenetur tueri & defendere ciues suos à pyratis in mari adiacente territorio; quia ex his, quæ diximus, in territorio grassantur.

Ex quo aliàs dicebam, consulente Rege nostro Philippo, vnde exstrui
35 posset classis armata, quâ pyratæ, qui regnum hoc nostrum miris modis infestant, hostes sæuissimi, & religionis Christianæ hostes aperti, longiùs propelli possent; vniuersæ enim Galleciæ, Asturum, & bonam Cantabrorum partem ita premunt, vt non solùm nauigare longiùs, sed neque piscatoribus nauiculis in littoribus piscari securum sit: dicebam, inquam, suis sumptibus & expensis hoc faciendum esse, nulla ad hoc ciuium Gallecorum expectata largitione, omninoque teneri; tum quia territorio illa strages fieret; tum quia cùm redditus percipiat eorum nomine, sumptus quoque hos sustinere debeat, Lucas de Peña *in l.* 1. *ne rustici ad vllum obseq. lib.* 11. præstatio enim tributorum obligat Regem ad defensionem, & cùm à nauigantibus tributum soluatur, nauigantes Rex tueri, & defendere tenetur, *l.* 4. *titul.* 26. *partit.* 2. ibi: *Apuestas razones fallaron los sabios antiguos, porque los homes diessen al Rey con derecho su parte de lo que ganan en las guerras:* & ibi, *La quarta, porque es tenudo de los defender*; & sicut debet Rex purgare malis hominibus, & grassatores coërcere, latrones fugare, vniuersamque prouinciam in otio retinere, ita quoque mare quod adiacet terræ, *l. congruit, ff. de officio Præsidis, iuncta l.* 1. *Cod. de classicis, lib.* 11. vbi Bartolus & Lucas de Peña, vbi illa lex probat apertè hoc genus expensarum, scilicet parandi classem, quæ parata longiùs expellat pyratas, pertinere ad Principem, qui redditus percipit à nauigantibus, & qui ciues suos intra territorium defendere tenetur; atque eo modo in mari adiacente terræ & territorio hanc sententiam

tenet

tenet Gregorius Lopez *in dict. l. fin. tit. 20. part. 2.* quem vide, si de hoc sis disputaturus; nobis autem qui sumptus & expensarum hanc rationem sequimur, hæc attigisse sat sit.

Alia expensarum genera, vt semel finiam, vide apud Auendañum *de exeq. mandatis Reg. Hispaniæ, part.2. c.10.* de expensis, quæ fiunt in supplicationibus publicis, vulgò *En las processiones publicas, num. 28.* vt expensa illa non debeat fieri expensis publicis, sed priuatis; quia priuatum cuiusque intercedit commodum, quod à Deo Maximo expectant. Hæ autem supplicationes vocantur; vulgus *Litanias* vocat. Est autem supplicatio Litania, quæ antiquioribus non fiebat solùm re feliciter gesta, ex Senatusconsulto apertis templis, & Deorum simulachris, populo ad puluinaria confluente, Diisque pro eorum in rem publicam meritis gratias agente; sed & vt periculum vitaretur imminens sæpè supplicatio decreta est, quæ ad quindecim viginti, plures, paucioréſve dies fieri consueuit. Cicero *in Catilinam actione 3. Quamobrem Quirites quoniam ad omnia puluinaria supplicatio decreta est, celebratote illos dies cum coniugibus & liberis nostris; nam multi sæpè honores Diis immortalibus iusti habiti sunt ac debiti; sed profecto iustiores nunquam. Erepti enim ex crudelissimo, ac miserrimo interitu, erepti sine cæde, sine sanguine, sine exercitu, sine dimicatione, me vno togato, Duce & Imperatore vicistis.* Cæsari quoque *lib.4. Comment. belli Gallici,* per viginti dies ob rem feliciter gestam supplicatio decreta est. Liuius *lib.21.* supplicationem Romæ decretam esse ait, vt barbari Annibalis vim & potestatem ab Vrbe Dij immortales auerterent; cùm enim sub idem tempus, vt ille inquit, Legati à Carthagine reversi Romam tulissent omnia esse hostilia, cúmque Sagunti excidium nuntiatum esset, tantus mœror patres, misericordiáque sociorum interemptorum indignè, & pudor non lati auxilij, & ira in Carthaginenses, metúsque de summa rerum cœpit, velut si iam ad vrbis portas hostis esset, vt tot vno tempore motibus animi turbati trepidarent, magis quàm consulerent. Et paulò inferiùs inquit, *Eiusque belli causâ supplicatio per vrbem habita, atque adorati Dij, vt bene, ac feliciter eueniret.* Propter pestem quoque, quæ vrbem Romam invaserat, constat olim supplicationem decretam. Liuius *lib. 4. Et is ipse* (inquit) *exercitus ægrè explebatur propter pestilentiam, quæ iam tertium annum vrbem Romam, atque ita locum vastabat: Prætor Titius Minutius, & haud multò ita post Caius Calphurnius moritur, multíque alij omnium ordinum illustres viri; postremò prodigij loco ea clades haberi cœpta est. C. Seruilius Pont. Max. piacula iræ Deûm conquirere iussus, decemviri libros inspicere, Consul Apollini, Æsculapio salutis dona vouere, & dare signa inaurata, quæ vouit, deditque: decemviri supplicationem in biduum valetudinis causâ in vrbe & per omnia fora, conciliabuláque edixerunt, maiores duodecim annis omnes coronati, & lauream in manu tenentes supplicauerunt. Hæ erant veteribus supplicationes, de quibus apud veteres recordatio est.* Hactenus Liuius: quid verò in istis supplicationibus actum sit, indicant acclamationes, quæ senescente Roma iniri cœperunt, quæ extant apud Ælium Lampridium in vita Commodi Antonini, quæ sine dubio veteris Romæ supplicatio erat: vide ibi preces, quas effundebat populus Romanus, non multùm diversas à nostris precibus, quas tamen nos Deo immortali, non verò commentitiis numinibus effundimus;

fundimus; & iterum apud Flauium Vopiscum *in vita Taciti Imperatoris.* De Litaniis in Concilio Aurelianensi primo, circa tempora Hormisdæ Papæ, *cap.29.* ita definitum est; *Rogationes, id est, Letanias* (legendum est Litanias) *ante Ascensionem Domini placuit celebrari, ita vt præmissum triduanum ieiunium in Dominica Ascensionis solennitate soluatur, per quod triduum serui, & ancillæ ab opere relaxentur, quo magis plebs vniuersa conueniat, quo triduo omnes abstineant, & quadragesimalibus cibis vtantur*; quod est translatum *in c. rogationes, de consecrat. dist. 3.* vbi gloss. & Scriptores plurimùm tribuunt consuetudini patriæ. Aliæ autem sunt rogationes, quæ celebrantur die sancti Marci, vide Guillelmum *de rogationibus*, Lapum *allegatione 90.*, & sunt maiores istæ rogationes. Ad istas autem Litanias, hoc est, ad has rogationes publicas, vulgò processiones, tenentur accedere omnes Clerici territorij, aut saltem, vt aiunt Doctores, omnes de territorio baptismalis Ecclesiæ. Abbas *in c. nimis, de excessibus Prælatorum*, contra Archidiaconum *in c. quanto, 38. distinctione*, qui contra Laurentium tenebat, quod omnes clerici Episcopatus tenentur singulis annis venire ad Litanias ad Ecclesiam maiorem, per textum ibi, qui æquiparabat Litanias, & Concilium; & est certum, quod tenentur venire ad Concilium: ergo ad Litanias. Ita colligebat Archidiaconus: at verò Geminianus decedit ab Archidiacono, & meritò, existimátque eos solùm teneri qui sunt in territorio Ecclesiæ baptismalis: tenet Felinus *in cap. dilectus de officio Ordinarij, num.7.* & de Litaniis fit mentio *in Clementina vna, de reliquiis & veneratione sanctorum*, vbi Cardinalis *verbo in die*, vbi quod sicuti ad Litanias compelli possunt Clerici de territorio baptismalis Ecclesiæ, ita ad rogationes publicas & supplicationes, vulgò, ad processiones, quæ fiunt in celebritate Eucharistiæ sacræ in die festiuo, quo sacram Eucharistiæ solennitatem celebramus.

38 Imò Abbas & Felinus *vbi suprà* tenent, quod si processio fiat ex magna causa, Regulares teneri venire & accedere, quod sanctissimum est; nulla autem parua causa videri poterit, quæ cogat processiones fieri; ideò poterunt compelli vt in festo Corporis Christi accedant ad processiones, item & ad Litanias, & vbicumque necessum sit, adesse debent sacris supplicationibus, & & per Ordinarium compelluntur: quod hodie præter ea quod olim ita constitutum, aut rectiùs, receptum erat, in Concilio Tridentino statutum est *sessione 25. cap.13.* de reformatione. Exempti autem omnes, inquit sacra Synodus, tam clerici seculares, quàm regulares quicumque, etiam monachi, ad publicas processiones vocati, accedere compelluntur, his tantum exceptis, qui in strictiori clausula perpetuò viuunt: quare meritò in festo Corporis Christi, & in Litaniis ordinariis compellat Regulares, vt cum cæteris Deum optimum Maximum orent, & pro communi omnium salute comprecentur: quid autem orandum & cóprecandum sit, quid sit oratio, quotuplex, qui debeant orare, qui orando exaudiantur, quid continere oratio debeat, qualis esse debeat, an vocalis, an mentalis, an ad Orientem, an ad Occidentem orandum sit, vide glossam optimam & magistram *in Clementina vna, de reliq. & venerat. Sanctorum. verbo Oratio*, quæ antiquiora non ineleganter refert: in his autem publicis & sacris supplicationibus, quamuis ita arbitremur expensis priuatis faciendas esse,

esse, illud etiam censemus quod de ludis, patriæ consuetudinem obseruandam; legitimè enim inducta plurimùm poterit. Vide alia expensarum genera apud Auendañum *dicto cap.*10.

Nouum autem casum addit Didacus Perez, legum, quas veterum ordina- 39 tionum vocamus, Interpres, *in 2. part.* quam nouissimè edidit, de expensis ludi, vt si quis sit restituturus pecuniam aliàs lucratam, deducendum sit, quod nomine donatiui & erogationis elargitum sit, vulgò, *Barato*: atque ea pecunia, quâ pictæ quoque chartæ emptæ sint, quodque in lucernas consumptum est: quasi hæ expensæ sint ludi, quæ debeant deduci sicuti reliqui sumptus. Hactenus de expensis quæ industriâ nostrâ, labore, opere, & diligentiâ, & sumptu fiunt, quibus res meliores reperiuntur. Nunc vt institutum nostrum prosequamur, de ea melioratione agendum est, quæ sine facto nostro contingit, hoc est de augmento: res est eruditione plenissima, quæ tamen ab aliis scripta sit, quibus aliquid fortasse nobis addetur, aut detrahetur: nonnulla interpretabimur, quod hactenus à nobis factum est: alios casus vide apud Anton. Cordubæ de Lara *in l. si quis à liberis*, §. *etsi impubes*, *ff. de liberis agnoscendis*, *per totum*, quos sciens omitto.

CAPVT XXII.

De augmento, auri, & argenti fodinis, alluvione, & thesauro.

Notabilia ex capite vigesimosecundo.

1 *Qui de augmento tractarunt*, & num. 2. *contingere augmentum, aut facto nostro, aut natura, vel casu.*

3 *Augmentum aliud separabile, aliud inseparabile.*

4 *Quæ per se subsistunt, separatam habent rationem acquisitionis, item & amissionis.*

5 *Augmentum factum in feudo, an sit feudum: idem de emphyteusi, & maioria & vsufructu*, & num. 6. *etiamsi accessoriè augmentum fiat.*

7 *Iurisdictio acquisita emphyteutæ, vassallo, fructuario, & possessori maioratus in territorio feudali, emphyteutico, aut fructuario, vel maioria, cuius sit.*

8 *Quid de gabellis, & aliis iuribus quæsitis in his præsidiis, cuius sint.*

9 *Iurisdictio quæsita contemplatione feudi, aut emphyteusis, aut maioriæ, ad emphyteusim, feudum, & maioriam pertinet, & de æstimatione soluenda.*

10 *Augmentum vsusfructus consolidati cui cedat, & an in viro & vxore sit lucrata res constante matrimonio.*

11 *Augmentum feudi aut emphyteusis factum constante matrimonio, cui acquiratur.*

12 Augmentum præscriptionis cœpta ante matrimonium cui cedat.

13 Augmentum factum iure retractus constante matrimonio, cui cedat, & n.14. de retractu occasione emphyteusis, feudi, fructus, aut maioria.

15 Augmentum factum iure annui census redempti, qui ex feudo, emphyteusi, vel maioria soluetur, cui prosit.

16 Augmentum factum ex commisso in re feudali, emphyteusi, vel maioria, cui cedat, an viro, an vxori, an vtrique quasi lucratum.

17 Seruitus realis acquisita in prædio feudali, emphyteutico, aut maioria, cui cedat: idem de ædificio.

18 Augmentum factum sine nostra industria solo temporis beneficio, an prosit nobis.

19 Augmentum factum sine facto hæredis in re conferenda, prodest cohæredibus, & fit æstimatio non secundùm tempus mortis.

20 Augmentum hoc casuale venit causâ euictionis.

21 Quomodo venditor tenetur de casu fortuito.

22 Augmentum regni an fiat regnum, & num.23. Regnum additum quibus legibus regi debeat.

24 Augmentum factum in hæreditate post mortem testatoris, si legitima portio relicta sit filiis, inspecto tempore mortis, prodest scripto hæredi.

25 Augmentum vti pertinet ad eum cuius res est, ita & diminutio.

26 Diminutio hæreditatis facta post mortem testatoris, & post inuentarium confectum, an noceat legatariis, an hæredi.

27 Augmentum rei pupilli pertinet ad tutorem pupilli, quoad administrationem.

28 Augmentum legati pertinet ad legatarium.

29 Idem operatur additio quoad augmentum, quod detractio quoad diminutionem.

30 Augmentum an habeat locum si limitatum sit legatum.

31 Augmentum factum in castro, an sit eius, cuius est castrum; an verò eius, qui castrum concessit.

32 Si vir aut vxor leget fundum lucratum constante matrimonio; an totum, an partem suam videatur legasse.

33 Explicatur lex nuper, ff.de legat.3. & cum aliis legibus conciliatur.

34 Conciliatur lex si chorus, §.area legata, ff. de legatis 3. cum lege seruum filij, §.si area, ff.de leg.1.

35 Augmentum factum in pignore est sicuti ipsum pignus hypothecatum.

36 Augmentum alluuionis eius fit, cuius est prædium quod alluitur.

37 Augmentum alluuionis, siue latentis, siue apparentis, factum in agro coniugis alterius, eius fit, cuius est ager.

38 Augmentum alluuionis factum in prædio maioriæ, Ecclesiæ, aut dignitatis, ad possessorem maioratus & Prælatum pertinet iure maioriæ & dignitatis.

39 Augmentum alluuionis factum in prædio fructuario, ad fructuarium pertinet iure vsus fructus & commodi.

40 Augmentum alluuionis factum in feudo vassallus habet.

41 Augmentum alluuionis factum in emphyteusi quatenus ad emphyteutam pertineat.

42 Acqui

42 *Acquisitio ex causa alluuionis est de iure gentium. Defenditur Agenus Orbicus, contra Æginarium & Alvarum Vazquez.*

43 *In agris limitatis non est locus alluuioni: explicatur lex* in agris, ff. de acquir. rer. dom.

44 *Ager alius est arcifinus, vel arcifinius, alius subsecivus.*

45 *Termini & limites naturales qui sint, & quod magis probent territorij finem, quàm alij.*

46 *In agris tributariis est locus alluuioni; declaratur lex* 2. C. de alluuionibus, *nouè.*

47 *Minera, siue minerale, lapidicina, auri, argentíve fodina reperta in prædio mariti, emphyteutico, feudali, maioriæ, aut fructuario, cui cedant.*

48 *Agitur de lege* diuortio, §. si vir, ff. soluto matrimonio.

49 *Thesaurus repertus in fundo dotali cui cedat.*

50 *Thesaurus repertus in fundo maioriæ, cui cedat.*

51 *Thesaurus repertus in fundo fructuario, cui cedat. & an fructuarius habeat repertoris partem; & de Episcopo, Prælato, & Rectore.*

52 *Thesaurus repertus in fundo emphyteutico, aut feudali, cui cedat.*

53 *Thesaurus non est requirendus malis artibus, neque in proprio fundo, neque in alieno, contra Andream Alciatum.*

54 *De thesauris variæ leges constitutæ sunt.*

55 *Monilia, viriolæ, inaures, & cætera ornamenta virorum, aut mulierum, recondita & reperta, obtinent rationem thesauri: adducitur lex Theodosij Imperatoris.*

56 *Explicatur* §. thesauros, *& quod corrigat legem* 3. § *penultimo, ff. de iure fisci, quatenus de fisco & thesauro reperto in loco religioso agit, contra Andream Alciatum.*

57 *Leges de thesauris intelligendæ sunt de pecunia, eaque antiqua, quæ hodie nullibi excudatur: adducitur lex* à tutore, ff. de rei vendicatione, *quæ aliam regulam tradit de pecunia recenter inuenta, quæ hodie excutitur, neque obseruat regulas* dicti §. thesauros, *neque legis vnicæ,* C. de thesauris.

Ontingunt sæpè meliorationes rerum, non industriâ nostrâ, neque sumptu, aut expensâ, sed temporis, cæli, solique, & latentium causarum beneficio, ipsaque perpetua rerum vicissitudine, qua terrarum temperamenta, fluminum lapsus, ipsæque naturæ inueteratus vsus, & antiqua ratio puncto temporis commutatur. Vnde cùm æstimatio, & pretium quoque rerum varietur, disceptari solet quibus prosit, noceatque hæc variatio, an vassallo, emphyteutæ, fructuario, Episcopo, Prælato, & Rectori, an domino? Inde quoque nata est in foro obseruata priscis Iureconsultis de alluuione disputatio, res quidem quotidiana, & quæ nobis necessariò attingenda fuit, qui de meliorationibus & expensis negotium suscepimus. Sæpè enim de augmento, quo melior facta res est, ex facto agitatum est, an inter meliorationes constituendum sit, quæ possessori sint soluendæ; an verò ad dominum liberè pertineat: pluribus diffusè res hæc tractata est; nos diffusiùs tractatam breuiùs complectemur, quantùm ad meliorationes prodesse

& soleat, & debeat. Versantur autem in hoc argumento præter integrum tractatum de augmento & diminutione Alberti Bruni, & præter antiquiores, Carolus Molineus *in consuetudinibus Parisiensibus, tit.1. part.1. gloss.5.§.1. nu-*
1 *mer.20.* Feudistæ *in cap.1. §. econtrario, de inuestitura de re aliena facta, in vsibus feudorum*, Iulius Clarus *lib.4. receptarum sententiarum, §. feudum, quæst.88.* Iacobus Cuiacius & Franciscus Hotomanus *in §. si quis de manso, si de inuestitura feudi.* Gregorius Lopez pluribus in locis, maximè *in l.30. tit.28. partit.3. & in l.2. tit.15. part.2.* Tiraquellus *de retractu Lignagier, §.32. gloss.1. num.77.* Ludouicus Molina *de primogeniis Hispaniæ, lib.1. cap.26.* per plures numeros, Aluarus Vazquez *quæst.16. iuris emphyt.* attigerat multa Couarruuias *variarum resolutionum lib.1. cap.8. num.1. versic.1.* aliqua Antonius Gomez *tom.1. cap. de legatis, num.16.* Molineus iterum *de eo quod interest, quæst.6. num.136.* item Gregorius Lopez *in l.18. tit.1. partit.6. & in l.3. tit.15. part.6.* iterum Couarr. *Practicarum Quæstionum cap.*?. Hanc autem Scriptorum annumerationem fecimus, vt ex his intelligas, defuisse, aut superfuisse plura his, qui vniuersas augmenti regulas putant se suis commentariis complexos: addemus aliqua, subnotabimus pauca, secuti nostrum institutum; quod eo consilio facimus, vt iuuentuti prodesse possimus; doctiores enim nostris istis non indigent documentis. Illud verò obseruatum ab omnibus est vnanimi & concordi sententia, quoniam temporis & naturæ beneficio istud augmentum sæpè contingit, vt inferiùs videndum est, omne augmentum contingere aut facto possessoris rei de qua agitur, aut solius temporis, naturæ, aut fortunæ beneficio: illud contingit in rebus additis fundo à vassallo, emphyteuta, fructuario, Prælato, conductore, possessoréve maioratus; in quo augmenti genere factum duntaxat consideramus eius, qui accessionem & augmentum fieri curauit. Hoc verò augmentum contingit in alluuione, & reliquis rebus, vbi nulla hominis industria reperitur; veluti in augmento pretij rerum, quod solet solius temporis vicissitudine variari. Denique aliud augmentum indiget operâ possessoris rei, aliud minimè; videbis inferiùs vtriusque generis exempla clarissima.

Rursum & illud aduertendum est, esse subdistinguendum de eo augmento quod accedit rebus ex solo facto possessoris rei vassalli, emphyteutæ, fructuarij, Prælati, nihil interest; nam aut res addita, vel facto possessoris, vel na-
2 turæ & temporis beneficio, potest per se subsistere, & reuerà potest ab ipsis rebus, quibus additur & accedit, separari: aut non, illud vocant augmen-
3 tum externum, hoc verò internum. Ita distinguit Carolus Molineus *dict. num.20.* & eum sequutus Molina *num.1.2.* Vnde est illa regula, vt ea quæ fa-
4 cto hominis (de his enim agemus, posteà de aliis) fundo accedunt, quæ per se subsistere possunt, particularem suam rationem & separatam à fundo naturam, & conditionem obtineant, egeantque separata & diuersa via vt acquirantur, & amittantur: allegant ad hoc legem *qui fundum, §.1. ff. pro emptore. Si fundum*, inquit Iulianus, *Cornelianum pro emptore longa possessione vsucepiam, & partem ex vicini fundo ei adiiciam, vtrum eam quoque partem reliquo tempore pro emptore capiam? an integro statuto tempore? Respondi partes, quæ empto adiiciuntur, propriam, ac separatam conditionem habere, & ideo possessionem*

possessionem quoque earum separatam nancisci oportere, & longam possessionem earum integro statuto tempore impleri. Hæc Iulianus, tenet Afflictis *in cap.* 1. §*econtrariò, de inuestitura de re aliena facta.* Bald. Aluarotus, & alij. Paulus *cons.*56.*vol.*76. Alexander *cons.*2. *vol.* 2. Decius *consil.*483.& 528. Licèt enim ea quæ facto possessoris adduntur emphyteusi, feudo, bonis Ecclesiæ, vxoris, aut maioriæ, ex illa ratione augmenti fiant vna eademque res cum his, quibus adduntur, in quantum res illa possessorem respicit suum: & licèt dispositio, aut alienatio facta simpliciter per possessorem, vtcumque fiat, siue per legatum, siue donationem, venditionem, aut quemuis alium ciuilem modum, includat omnes illas res vnitas, quæ rei, de qua principaliter disponitur, fuerunt vnitæ; non tamen res illæ vnitæ ita vnquam additæ videri poterunt, vt omninò obtineant omnimodam rationem cum ea re cui accedunt. Vnde quod à vassallo simpliciter additum est feudo, verè non est feudum; quod ab emphyteuta additum est emphyteusi, non est emphyteusis, in ratione feudali, aut emphyteuticaria: item quod simpliciter additum est à possessore maioratus (semper agimus in hoc genere augmenti quod per se potest subsistere) non est maioratus, argumento dicti §. 1. & quæ tradunt Molina *vbi sup.* Hoc verò, vti diximus, si simpliciter augmentum & accessio fiat; expressa enim dispositio facit cessare regulam nostram, obseruato eo quod percipiat is, qui augmentum & accessionem fecerit. Itaque quod pertinet ad naturam & rationem emphyteusis, feudi, maioriæ, vsusfructus, separata ea 5
est ab augmento, quod per se subsistere potest, licèt simpliciter augmentum & accessio facta sit; neque veniunt illa augmenta per se subsistentia in stricta ratione emphyteutica, feudali, aut maioriæ. Vnde aperto feudo, aperta emphyteusi, aut maioratu, culpâ, aut delicto amisso, non amittitur augmentum illud, *dict.* §.1. Iulius Clarus *vbi suprà*, & Carolus Molineus, & Ludouicus Molina *in locis suprà adductis*, Feudistæ *in dict.* §. *econtrariò*, Gregor. Lopez *in l.*2. *tit.*15. *part.*2. *verbo, Sino el hijo mayor.* Vbi id tenet post Tiraquellum *vbi sup.* §.32. *glos.*1. *num.*77. idque verum esse aiunt, non solùm si principaliter res aliqua emphyteusi, vel feudo addatur, sed accessoriè, scilicet, vt 6
fiat vna eademque res cum feudo & emphyteusi, aut maioratu; adhuc enim non est feudum, nec emphyteusis, nisi id expresè dictum sit, idque etiam intelligendum est in maioratu. Adhuc enim distinguitur ab emphyteusi, & feudo, & maioria: quod attinet ad conditiones maioriæ, feudi, & emphyteusis, etiamsi quantum ad dispositionem eius, qui hæc addidit, vna eademque res sit, vt venditio, & alienatio feudi, vel emphyteusis augmentum quoque contineat; idem quoad legatum. Quod si maioriæ fiat augmentum, ita vt perpetuò sit in maioria, & ad successores in ea perueniat legibus & conditionibus ipsius, & ita vna, eademque res sit cum ea, hoc casu nihil distat à maioria, quia expresè id actum est. Ex his ergo, quæ diximus, si feudum, vel emphyteusis ex prouidentia, vel ex pacto sint, etiamsi vassallus, vel emphyteuta rem coniunxerint, ita vt is qui in feudo vel emphyteusi successerit, succedat quoque in re illa addita, res addita non est emphyteusis, neque feudum, neque dispositum in vno, intelligitur dispositum in alio, neque petitio feudi, aut emphyteusis continet illud augmentum; neque sententia lata

de successione feudi, aut emphyteusis huiusmodi extenditur ad hoc augmentum; sed alia petitio, aliud iudicium, alia sententia est necessaria, quia diuersa sunt & separata, & diuersam & separatam habent iuris rationem, vt acquirantur, *dict.* §.1. & quæ superiùs diximus. Vnde si maioratui, quem possides, antiquiori bona emphyteutica, aut feudalia addas, ita vt qui in maioratu succedit, hæc quoque obtineat, quamdiu emphyteusis & feudum constiterit, patet dispositionem de maioratu factam ab ipso qui addidit, continere emphyteusim & feudum, sed in aliis diuersa esse; quem enim ille simpliciter vocarit ad maioratum, censebitur vocatus ad augmentum; sed quia adhuc emphyteusis & feudum non sunt maioratus in ratione maioriæ, sententia lata super maioratu non extenditur ad illud genus augmenti, quod separatam habet rationem, sed noua lite, petitione, & sententia opus est, *dict. l. qui fundum,* §.1. *ff. pro emptore*, & quæ tradunt Tiraq. Molineus, Molina, Greg. Lopez *vbi suprà*. Plurimùm igitur attendendum erit ad verba, quibus augmentum sit conceptum, quæ clara, aperta, & perspicua esse debent, vt augmentum omni modo, maioria, emphyteusis, aut feudum fiat, amissâ antiquâ naturâ, & inductâ quadam largitatis & donationis præsumptione, contra notissimas iuris regulas, quod commendat Molina *vbi suprà dict. cap.* 16. *num.* 3. *lib.* 1. cùm enim separata sint, & per se subsistant, indigent ista adeo expressa explicatione augmenti facti; quod est quoque quotidianum in sulphurariis maioribus & minoribus tormentis, bellicis instrumentis, galeis, thoracibus, hastis, gladiis & seruis præsidiariis, in arcibus maioratus ab ipsius possessoribus repositis simpliciter, vt neque sint maioratus, neque ad successores in eo pertineant iure maioratus, sed cum hæreditate emortui ad hæredes eius deferantur, successórque maioratus aut sinet auferri, aut veram æstimationem soluet, quòd alibi diximus, & descendunt *ex dict.* §. 1. & Scriptoribus adductis suprà ad nostram regulam de his rebus additis, quæ per se subsistere possunt, an inducatur augmentum, quantumque prosit istud augmentum rei possessori. Et hoc est quod dicitur, vtra res cedat alteri, ex vsu rei & patrisfamilias esse existimandum, *l. si quando, ff. de auro & argento legato*, dummodo adsit actus facti, ex quo colligatur animus augmenti, Raphaël Cuman. *in l. serui electione, ff. de legat.* 1. Alexand. *consil.* 169. *vol.* 5. Socin. *in l.* 1. *ff. de rebus dubiis.* Facit lex *prædij*, §. *Titio, ff. de legat.* 2. *l. quod in rerum*, §. *qui post, l. planè, la primera*, §. *fin. ff. de legat.* 1. *l. si quis duas*, §. *si quis partem*, *verb. planè, ff. communia prædiorum.*

7 Hinc in emphyteusi, feudo, vsufructu, & aliis illa inspectio est, quoniam sunt plurima quæ acquiruntur, partim nostrâ industriâ, partim autem & iuris, & temporis beneficio, in quibus pars est possessoris, pars temporis beneficium, vt acquirantur; an ea possessori prosint, an emphyteusi, feudo, rebúsque his addantur, putà si cùm emphyteusim possiderem, vel fundum, nihil interest, iurisdictionem temporis beneficio, & meâ industriâ acquisiui, quæ per se potest subsistere, neque quicquam habet commune cum feudo, aut emphyteusi, cuius sit iurisdictio, si retraxi, si redemi censum impositum, quibus casibus res augescunt, cui prosit & cedat ista accessio, ad quem pertineat hoc augmentum: in quo ita dicendum est, si iurisdictionem acquisiui

meo

meo iure & opera, non verò ex titulo aut causa feudali, aut emphyteutica; tunc indubitatè etiamsi iurisdictio illa de nouo acquisita reperiatur in emphyteusi, vel fundo, & ab emphyteuta, vel vassallo, nihil pertinet ad emphyteusim, vassallum, fructuarium, possessorem maioratus, & reliquos id genus possessores, iure emphyteutico, feudistico, fructuario, neque ad successores in istis feudis & maioratibus, sed ad proprios hæredes eius qui iurisdictionem acquisiuit: ita resoluunt Molineus *vbi suprà, dict. gloss. 5. num.* 4. Iu- 8
lius Clarus *lib.* 4. *Sententiarum*, §. *feudum*, *quæst.* 88. Gregorius Lopez *in l.* 2. *titul.* 15. *partit.* 2. idem dicendum esse in gabellis, decimis, & aliis iuribus quæsitis, quæ per se subsistere possint, ait Molina *vbi suprà, num.* 6. Si verò ex titulo & causa emphyteutica, feudali, aut fructuaria, denique rei, quam possides, cuius occasione, titulo, & causâ præscribis, fiat hæc acquisitio, proculdubio ad eas res pertinet ea acquisitio, quia earum titulo & causâ acquisita est; vnde iurisdictio, gabella, decima, luctuosa, & alia id genus acquisita legitimâ præscriptione ab emphyteuta, vassallo, fructuario, possessore maioratus, ex titulo & causa, & occasione emphyteusis, feudi, vsusfructus, & maioratus, ad emphyteusis, feudi, maioriæ, & aliarum id genus rerum successores pertinent, æstimatio tamen harum rerum acquisitarum acquirenti debebitur, & numerabitur eius hæredibus, finitâ emphyteusi, feudo, fructu, quia factæ sunt meliores eius industriâ; quod quidem vniuersè accipiendum est, exceptis rebus maioratus in quibus hoc de æstimatione soluenda difficile est, *ex l.* 46. *Tauri*, quam iam Scriptores generaliter intelligunt in omni melioratione, propter eandem iuris rationem, quæ in ædificiis & aliis meliorationibus versatur, de qua suprà multa diximus. In aliis recipiendum illud est, vt ista acquisita ad emphyteusim, feudum, & rem vsufructuariam pertineant quidem, cæterùm æstimatio soluatur quasi re meliore facta, Molin. *tit.* 1. §. 7. *num.* 29. & 30. qui plures allegat: eum sequitur Molina *vbi sup. n.* 7. iterum Molin. vbi de æstimatione soluenda ait, *dict.* §. 1. *glos.* 5. *num.* 7. & post eum alios adducit Molina *vbi sup. num.* 11. cùm agit de rebus additis industriâ possessoris, quæ per se subsistere non possunt, in quibus cùm æstimatio debeatur augmenti, multò fortiùs id recipiendum est in his quæ per se subsistere possunt, etiamsi titulo earum rerum acquisita sint, quia fortior erat ratio in illis, vt æstimatio non deberetur, quàm in istis. Cùm ergo in illis debeatur, pronum est, vt in his quoque admittenda sit æstimationis numeratio: quæsita ergo iurisdictio emphyteutæ titulo & causâ emphyteusis, in ipso emphyteuticario solo, emphyteusis est illa iurisdictio, & ad eam pertinet, peremptaque emphyteusi æstimatio iurisdictionis quæsitæ debebitur, tanquam vtilis meliorationis in emphyteusi repertæ, ex vera ratione iuris, quia hæc augmenta, quod pertinet ad dominum directum, nihil distant à meliorationibus; recipit enim fundum suum, quem sine iurisdictione in emphyteusim dederat, iurisdictione meliorem. Duplex ergo inspectio in hac re est, prior vt augmentum hoc modis omnibus ad emphytemsim, feudum, aut maioriam pertineat, quia earum titulo & causâ acquisitum & factum est; po- 9
sterior est, vt quia dominus directus rem suam accipit meliorem factam industriâ possessoris, qui iurisdictionem vsucepit, æstimationem soluat, quasi

vtilis

vtilis meliorationis. Afflict. *in dict.* §. *è contrario probat*, *cap. primùm*, §. *si vassallus*, *hic finitur lex*, & ibi Isern. Bald. Angel. & alij *in l. Senatus*, §. *Marcellus*, *de legat.* I. Guido Papæ *decision.* 169. Brunus *de augmento*, *conclusione* 20. Vtrumque habet particularem suam iuris rationem. In maioratu sæpius aduertimus hoc de æstimatione difficile esse, propter prædictam legem 46. & aduertit Couarruu. *in* 4. *cap.* 7. §. 1. *num.* 9. *vers. hinc infertur*, *ad fin.* & ante eum Palacios Rub. *de donationib.* §. 62. *num.* 16. & nos diximus *cap.* 13. *num.* 43. *& seq.* in feudo recipit Molineus *vbi suprà*, in Episcopo, Prælato, Rectore difficilis quoque erit hæc æstimatio soluenda in hoc secundo casu, quando augmentem contingat ex titulo, & causa rerum Ecclesiæ, dignitatis, aut sacerdotij; propter ea quæ notauimus suprà, *cap.* 11. *num.* 71. vbi verò lex 46. non obseruabitur, in bonis maioratus fiet ista æstimationis solutio, sicuti in feudo & emphyteusi, quod pariter ex eadem ratione recipiendum est in fructuario.

10 Descendunt hæc ex illa regula, quod acquisita ex titulo & causa alicuius rei, fiunt eius, cuius res illa est, cuiusque titulo & causâ acquisita sunt, ex qua regula patet decisio eius quæstionis, quæ ad augmentum pertinet, & à nostris Hispanis perperam decisum olim reperimus; noviores verò meliùs decidunt, an augmentum vsusfructus consolidati constante matrimonio in hoc regno pertineat ad virum & vxorem, tanquam res lucrata & quæsita constante matrimonio, an verò ad eum cuius proprietas sit, ex cuius titulo & causa fit consolidatio, & ita augmentum vsusfructus. Rodericus Suarez vir apud nos summæ authoritatis, *in l.* 1. *tit.* 3. *fori leg. in fin.* & Ioannes Lopez de Palac. Rub. *in rubr. de donationibus inter vir. & vxorem*, §. 62. *num.* 13. quos Doctissimus Couarruuias existimat non conuenire, post Ioan. Fabrum *in* §. *si cui fundus*, *Institut. de legat.* & Angel. ibi, & cum eis Chassan. *in consuetudinibus Burgundiæ*, *rubr.* 4. §. 2. *num.* 12. *vers. additio*, & Nicolaum Boërium *in consuetudinibus Bituricensibus*, *titul. de consuetudine matrim.* §. 2. *column.* 5. tenebunt hunc vsumfructum communem vxori & viro, vtpote constante matrimonio quæsitum: contrarium omninò tenendum erit ex nostra regula augmenti, quia cùm hoc augmentum & accessio vsusfructus contingat ex titulo & causa proprietatis, debet ad eum pertinere, ad quem ius & proprietas pertinet, *l. vsusfructus in multis*, *ff. de vsufructu.* Præterea quæ accedunt rebus mariti ex natura ac propria vi, non sunt vxori communia, *l. verùm*, §. *penultimo*, *ff. pro socio*: mihi est elegans textus *in l. proprietati*, *ff. de iure dot.* quem nec Suarez, nec Ioannes Lupus aduerterunt: si proprietati nudæ in dotem datæ, inquit Paulus, vsusfructus accesserit, incrementum videtur dotis, non alia dos, quemadmodum si alluuione accessisset. Hæc Paulus: tertiam rationem addit D. Couarruu. *in* 4. *part.* 2. *cap.* 7. §. 1. *num.* 9. ex quibus cum Molineo *d. part.* 1. *tit.* 1. *quæst.* 50. §. 30. *vers.* 2. tenet contra eos, quos retulimus, vt vsusfructus augmentatus ratione consolidationis pertineat ad proprietatis dominum, cuius titulo, causa & occasione consolidatus est.

Ex quo infert D. Couarruu. vsumfructum fore communem viro & vxori, si matrimonio constante fundo mariti accedat, non ex titulo & causa proprietatis, sed ex causa emptionis, vtpote quia commoditas illa & facultas percipiendi

piendi fructus, quæ penes alium erat, ematur à viro: quod fieri quidem posse, obseruata eleganti regula legis *necessariò, ff. de periculo & commodo rei vendit.* latè disputauimus suprà *cap.* 10. *num.* 31. *& seq.* & de aliis meliorationibus viri & vxoris diximus *cap.* 13. *num.* 41.

Quod si vsusfructus hic, de quo agimus, id est, facultas percipiendi fructus ea occasione emptus sit, vt ad proprietatem redeat, quæ nuda sit apud virum & vxorem, tunc quidem adhuc existimamus pertinere hunc vsumfructum ad proprietatem, obseruatâ nostrâ regulâ, & regulâ dictæ legis *necessariò*, §. *fin.* & tunc quidem de æstimatione agendum est, quid, quantúmve ad vxorem pertineat; quod quidem resultauit ex vita eius qui vsumfructum vendidit, & morte mariti, iuxta dictam legem *necessariò*, §. *fin. ff. de periculo & commodo rei venditæ:* quod si vsusfructus, aut facultas hæc percipiendi fructus futura erat perpetuò apud venditorem, aut longissimo tempore, quod fieri quidem potest, & occasione proprietatis comparata sit, tunc quidem adhuc ex his quæ diximus *ad dict. l. si proprietati*, vsusfructus proprietati quæritur, ex nostra regula; sed æstimationis, hoc est pretij, quo redemptus est vsusfructus, dimidium debetur vxori, éstque locus regulæ de meliorationibus factis in fundo alterius coniugis, vt ad eum pertineant, cuius est fundus melioratus, solutâ dimidiâ æstimationis alteri, aut in diuisione bonorum tantidem accipiat ex vniuerso patrimonio, quantùm fuerit expensum: vtrumque idem est, de his diximus *dict. cap.* 13. *num.* 41.

Vnde si maritus, vxorve habeant quilibet ante matrimonium contractum emphyteusin vel fundum, cuius partes aliquot apud alios sint, constante autem matrimonio perueniant ad feudum & emphyteusin, ex titulo & causa feudali, & emphyteutica; licèt per se hæc subsistant, tamen quia ex causa & titulo feudali, aut emphyteutica vniuntur, ad eum pertinent, ad quem pertinet feudum, aut emphyteusis, neque sunt communia, ex nostra regula, neque possunt dici lucrata constante matrimonio. Contrarium, sed puto malè, censebat Ioannes Lupus de Palac. Rub. *in d.* §. 62. *num.* 13. adducebat pro se §. *si cui fundus, Instit. de legat.* & legem *non quocunque*, §. 3. *de legat.* 1. quibus optimè satisfacit doctissimus Couarruu. *vbi supr. dict. num.* 9. vbi optimè expendit verum sensum illarum legum; quæ tamen si altiùs & attentiùs expendas, magis faciunt pro doctissimo Couarr. & nostra conclusione, quam ipse tuetur; nullum enim commodum legatarius percipit ex legato, si aliàs ex causa lucratiua aliunde ipsum legatum consecutus sit, vnde legato tibi fundo Seiano, proprietatem emisti tibi, vsumfructum aliunde ex causa lucratiua habuisti; si legatum postea petas, debetur, ita tamen, vt deducta vera æstimatione vsusfructus consequaris; nullum est enim legatum, si aliunde ex causa gratuita legatum sis consecutus, ne duplex commodum reportes; quod quidem induci pro Palacios Rubios vix potest, procliuius tamen est, vt pro nostra regula inducatur; cessat enim æstimatio; quia contemplatione proprietatis vsusfructus accessit: quod si hæ partes emptæ sint, tunc magis aduertendum est ad ea quæ diximus numero præcedenti, de portione soluenda pretij alteri ex coniugibus: descendunt hæc ex nostra regula, quæ in materia augmenti priorem locum obtinet. 11

12 Præterea si vir ante matrimonium cœperit vsucapionem, & demùm finiatur vsucapio constante matrimonio, illud augmentum non est commune vtriusque, mariti & vxoris, sed eius qui vsucapere cœpit, quia quæ superueniunt ex causa habente originem ex præterito, retrò finguntur eius esse, cuius à principio futura erant, *l. in ratione*, *l. 1. §. Imperator, ff. ad leg. Falcid. l. serui qui apud hostes, ff. eod.* tenent ex his iuribus & rationibus Palac. Rub. *vbi supr. num. 10.* Couarruuias *vbi supr.* Molina *vbi supr. num. 8.* hæc enim consistunt de per se, & pertinent ad eum, cuius titulo & causâ acquisita sunt.

13 Inde fit quoque, vt si constante matrimonio ego iure retractus retraxi rem auitam numerato pretio, verè res mea erit: vxor autem his quæ diximus, habebit dimidium æstimationis, quia illud augmentum mei contemplatione, ex mea causa, & titulo contigit; item si emphyteusim, feudum, aut maioriam habens, ex titulo & causa feudali, emphyteutica, vel maioriæ rem retraxi, pertinet res illa tanquam augmentum per se subsistens, ad emphyteusim, feudum, & maioriam; si fiat constante matrimonio, nihil est commune, nec di-
14 citur lucratum; bene tamen admittimus vt dimidium veri pretij vxori sit annumerandum, quod in maioratu non recipimus, propter sæpiùs allegatam Taurinam legem 46. Dubitarique satis potest in hoc de opinione Ludouici Molinæ *vbi sup. num. 8. vers. in contrarium*, vbi in maioria tenet, quod quantumvis res retrahatur ex titulo & causa maioratus, & occasione ipsius non continuò fiat maioratus res illa retracta: ratio autem dubitandi est ex nostra regula, cùm enim acquiratur ex titulo & causa ipsius, dicendum est ad ipsum pertinere, quia id postulat iuris scripti ratio. Præterea ratio, quam ipse adstruit, facilè potest vitari; quamvis enim possessor maioratus fructus suos faciat, quod non diffitemur, quos lucratur ex titulo & causa maioriæ, non inde sequitur, quod lucretur quoque res accedentes maioriæ pleno iure, de qua quæstione agimus; ea enim ratio illud duntaxat obtinet, vt fructus quoque rerum accedentium faciat suos, non res ipsas, quantum ad proprietatem: illud enim de fructibus satis iure constitutum est: de augmento verò lucrando argumenta inquirimus, quæ eò inclinant, vt ad maioriam pertineant, postquam ex titulo & causa eiusdem acquiruntur. Fatemur actionem quam exercet possessor maioratus, esse in fructu aut obventione maioratus, quâ ipse rem retrahit titulo & causa maioratus; sed dicimus rem retractam & additam, ad maioratum pertinere; neque quicquam facit §. *è contrario, si de inuestitura de re aliena facta, lib. 2. cap. 8. feudor.* Sumus enim in alia specie, cui pessimè applicabitur dictus §. *è contrario*; non enim dubitamus, posse per se subsistere hæc quæ retrahimus; sed illud inquirimus, esto quod per se subsistere possint, an ex eo quod ex titulo & causa maioriæ sint augmentata, aut retracta & quæsita, ad maioriam pertineant, quod *in d. §. e contrario*, non est decisum: ait enim augmenta, quæ per se subsistunt, non pertinere ad feudum; fatemur, & diximus superiùs: sed vlteriùs addimus & quærimus, an augmenta per se subsistentia, si tamen quæsita sint ex titulo & causa feudi, ad feudum pertineant; quæ quæstio non potest decidi *ex dict. §. è contrario*, sed ex his quæ diximus hoc capite. Et ita arbitramur, liberum tamen erit cuique rem dubiam apertiore & iure & ratione dirimere. Nihil damnamus, nostrum iudicium, si quod est

est, in hac re in medium proferimus, subituri aleam, vt faciunt doctiores.

Vnde quod idem Molina animaduertit, *num.* 10. de censibus annuis, cæterisque redditibus & pensitationibus, quibus res maioratus subiectæ sint, vt si redimantur à possessore maioratus, ad eum, & hæredes eius pertineant, illud ego intelligo, si expresse id actum sit; nam si simpliciter id actum sit occasione maioratus, ego facilè in eam sententiam adducerer, vt maioratus censeretur liber, proinde plurimùm aduertendum est, quid factum fuerit: omnia superiùs dicta militant quoque in hac specie, & habent locum in feudo, emphyteusi, re dotali: at in rebus Ecclesiæ indubitatè tenerem cedere in fauorem Ecclesiæ ista augmenta, propter id quod sæpiùs repetimus de meliorationibus factis in rebus Ecclesiæ ab Episcopis, Prælatis, & Sacerdotibus, *cap.* 11. *num.* 71. suprà. 15

Inde est, vt si commisso res feudalis, aut emphyteutica pereat, ad verum dominum reuertatur, neque fiat communis, nec lucretur constante matrimonio, quia ex titulo & causa damni reuertitur, vnde ad eum modis omnibus pertinere debet. Et ita tenent quos refert Carol. Mol. *in consuetud. Parisiensib. part.* 1. *tit.* 1. §. 1. *glos.* 1. *num.* 37. Ioan. And. Oldr. Paul. Guid. Papæ, Ias. Boër. & Guil. Bened. & pertinent ad eam regulam, vt etiamsi augmentum possit quidem per se subsistere, quo casu non videtur additum rei, *dict.* §. *in contrario*, quia separatam & distinctam habet iuris rationem, *l. qui fundum*, §. 1. *ff. pro emptore*; si tamen ex causa & titulo rei acquiratur, ad rem pertineat, ex his quos adduximus *num.* 7. & 8. suprà *isto capite*. 16

Aggredimur modò alium casum, qui plures sub se continet, quando res additâ industriâ possessoris, non potest subsistere de per se, sed omnino dependet ex re illa, cui addita est. Exemplum omnes constituunt in seruitute reali, quæ adhæret prædio, nequitque ab ipso separari: idem in ædificio erecto in fundo feudali, aut emphyteutico, aut maioriæ; hæc cedunt omninò his rebus quibus adduntur, cùm sine ipsis consistere nequeant, idque postulet iuris ratio, diuersa ab ea, quam suprà constituimus de re, quæ omnino per se subsistere potest; res enim quæ omnino per se consistere non potest, ad eam rem, cui additur, pertinet; in quo tamen quòd de æstimatione soluenda ei qui rem addidit, diximus suprà, obseruandum erit: excipimus maioriam, propter dictam legem 46. item excipimus æstimationem ædificij erecti, si necessarium non sit; tunc enim magis ad voluptatem pertinet, & erit obseruanda regula legis *si duob. fratribus*, *ff. de neg. gest.* vt tollat ædificium, aut relinquat, nihilo annumerato; in aliis æstimatio debebitur eius rei additæ, quæ per se consistere nequeat, quæ tamen nostrâ industriâ addita sit: tenet Molineus *vbi supr. tit.* 1. §. 1. *glos.* 5. *num.* 70. Molina *vbi sup. cap.* 26. *num.* 11. Iulius Clar. *dict. lib.* 4. *Sententiarum*, §. *feudum*, *quæst.* 88. Post antiquiores quos ipsi allegant, & feudistas *in cap.* 1. §. *si quis de manso, de controuersia inuestit.* allegant §. *si vasallus*, *in cap. domino guerram*: *hic finitur lex*, de quo nos suprà *cap.* 12. *num.* 85. difficilis enim ille textus feudalis est, & in contrariam sententiam contra communem & receptam interpretata est lex nostra partitæ, cui plurimùm semper tribuo, vt ibi diximus *dict. num.* 85. est ergo semper soluenda æstimatio quo diximus modo, vsufructuario, emphyteutæ, vasallo, licèt istiusmodi 17

augmenta contemplatione harum rerum quæsita sint, & nequeant ab ipsis separari. Idque aduertunt ij quos retulimus. In his enim duplex inspectio est, quæ ex eadem ratione augmenti oritur; ex eo enim quia istud augmentum per se subsistere nequit, & occasione emphyteusis, feudi, aut vsusfructus acquiritur, pronum est, vt dicamus ad emphyteusim, feudum & vsumfructum pertinere, & in hoc omnes conueniunt, idque postulat iuris ratio. Alterum verò est, an æstimatio augmenti soluenda sit, in quo nulla ratio excogitari potest, quâ dominus emphyteusis, feudi, aut vsusfructus, quibus augmentum acquiritur, ab hac solutione pretij, aut saltem præsentis valoris & æstimationis liberetur; quia cùm rem recipiant meliorem factam, meliorationem tenentur refundere, ex his quæ superiùs adduximus, quicquid distinguat &
18 subdistinguat Lud. Molin. *vbi suprà*, *dict. num.* 12. cur enim dominus accipiat rem meâ operâ, industriâ & sumptu meliorem, etiamsi eius rei contemplatione addita & acquisita sit; meam enim industriam & operam non est habiturus, nec substantiam meam sine causa. Semper loquimur de his augmentis, quæ licèt contemplatione rei addita sint & acquisita, nostrâ tamen industriâ contingunt, vt sunt seruitutes, & ædificia necessaria, quæ per se consistere nequeunt, sed contemplatione rei contingunt; quia tamen in istis augmentis reperitur expensa nostra, nostraque industria, ratio postulat, vt dominus, ad quem res illa cum augmento pertinet, augmentum quidem ex capite habeat, cæterùm ex hoc æstimationem persoluat. Quod si nec expensa, nec pretium vllum est, aut industria, sed temporis beneficio, rerumque vicissitudine augmentum contigerit, tunc quidem nihil expectandum est ab eo, cui augmentum cum re restituitur: vnde si maritus habet montem, lucum, aut syluam, quæ constante matrimonio sine substantia, opera, sumptu, aut expensa vxoris, suapte natura, & sponte crescat, & augeatur, & fiat fructuosior, tale augmentum sine dubio liberè ad maritum pertinebit: idem respondendum est de vxore, nec nomine lucri quicquam vxor à viro expectabit, *argum. text. in l. fructus, in fin. ff. de vsuris*, de qua proximo capite sumus acturi, vbi ea quæ proueniunt sponte, & naturæ beneficæ largitate, & munere, sine facto vllo, fiunt eius cuius res est, nihilo refuso: tenet Ioannes Lupus de Palac. Rub. *in repet. rubrica*, §. 62. *num.* 14. Dominus Couarr. *vbi suprà*, *dicto num.* 9. neque enim hoc incrementum, quod rei cedit, tibi prodesse, neque mihi nocere debet, sed rem omninò sequitur, cui additur, ipsiusque dominum. Itaque quod de re ipsa, hoc de hoc augmento censendum est; neque enim vlla ratione à re ipsa separatur: ex hac regula sumenda est ratio ad alia id genus exempla, quorum opportunè aliqua subiungemus, quotidiana ea quidem, & nisi ad hanc augmenti regulam oculos coniicias, facilè decipi poteris.

19 Secundum exemplum posuimus suprà *cap.* 4. *num.* 14. *vers. quod verò*, vbi diximus de officio militiæ, aut tabellionatus, aut decurionatus, & eius æstimatione, quod conferatur, atque adeò attendendam esse æstimationem quæ fuerit tempore mortis parentis; quod intelleximus, nisi æstimatio creuerit & augmentata sit sine industria, & opera fratris, sed solius temporis beneficio; quia tunc augmentum illud debet omnibus prodesse, qui partem militiæ aut officij habituri erant; sequitur enim naturam rei ipsius, cui accedit augmentum; idque

que diximus ex Alex. & aliis, quos ibi adduximus, vide ibi, quotidianum enim est & in foro vtilissimum: deducitur autem ex nostra regula, vt quia illud augmentum naturam rei sequitur, rationem ipsius rei quoque sequatur, & ad eos pertineat, ad quos res omninò pertinebat; nihil enim augmentum hoc distat ab ipsa re. Diuersum esset si meâ operâ & industriâ, cresceret; tunc enim recipiendum esset quod de æstimatione soluenda diximus.

Tertium subsequitur exemplum, quod deciditur ex nostra regula, quam ex aliis dubiis & ancipitibus iuris rationibus deduximus: species talis est. Domus mihi vendita est mille, neque tunc plus valebat; posteà verò dum possideô, variante tempore, rerúmque vicissitudine faciente, sine opera, sine industria mea creuit ad duo millia, ita enim fieri solet, vt quod prædium hodie carissimè emitur, vilissimè post paucos dies vendatur; quíque fundus vilissimè venditur, intra paucos menses carissimè ematur. Hæc domus aliena erat, euicta est à vero domino, qui de augmento in nihilo tenetur; nihil enim aliud recipit quàm rem suam, & omninò totam illam accessionem habiturus erat, si rem suam habuisset. Ego ad venditorem reuersus non solùm mille actione ex empto, sed augmentum quoque postulo, & ita duo millia soluet procul dubio venditor; quia tantùm mihi deest ablata domo, tantúmque habuissem, nisi domum mihi bona fide emptam antiquus dominus abstulisset: cùm ipse autem teneatur ad omne id quod mea interest, etiamsi duo millia soluat, nihil aliud soluit, neque amplius quàm veram & iustam æstimationem rei meæ, quæ mihi deest. Facit lex *venditor hominis*, *ff. de euictionibus*, vbi in causa euictionis habetur ratio eius, quod per seruum emptum quæsitum fuisset emptori cessante euictione, vt si seruus emptus fuit institutus hæres ab aliquo, non contemplatione emptoris, quod augmentum verè casuale est, & seruum ipsum adeò sequitur, vt nequeat ab eo separari: istud igitur interesse venit in causa euictionis, neque quicquam obstat quod venditor non tenetur de casu fortuito, *l. necessariò*, *ff. de periculo & commodo rei vendit*; neque item 20 21
tenetur de lucro quod aufertur per casum, neque de damno quod infligitur casu, & fortuitò; quia aliud est, si istud damnum infligitur, aut lucrum aufertur ex defectu iuris venditoris, quia tunc de damno illato, & lucro ablato per causam tenetur; & ita intelligenda est dicta lex *venditor hominis*, *ff. de euict.* ita interpretatur Carolus Molin. *de eo quod interest*, *num.* 136. vbi explicat legem *ex mille*, *ff. de euictionibus*, quæ difficillima est, tenetque nostram hanc conclusionem, quæ magis suadetur ex nostra regula, quia augmentum illud nihil distat ab ipsa re, sed vna & eadem res est.

Inde quoque est, vt quod regno adiicitur quasi augmentum regni, quod per se subsistere nequit, regnum idem, & iisdem legibus subiiciatur, vt sunt Indiarum Occiduarum regna & Imperia Hispaniæ adiuncta casu primùm, & fortuitò, deinde bello: quomodo autem regnum nouum antiquiori iunctum, regendum sit, & quibus legibus, vide Bartol. *in tract. de insul.* §. *nullus enim esse creditur*, *num.* 10. vnde intelligi potest, quantùm antiquiores leges regni expugnati & deuicti sint seruandæ: dixerat idem Bartol. *in l. si conuenerit*, §. *si nuda*, *ff. de pignorat. actione.* 22

Ex hac regula, quod augmentum accedens rei, ab ipsa re rationem acci- 23

piat, & eius naturam sequatur, si eius generis sit, vt ab ipsa re secerni vlla ratione non possit, nec consistere queat sine ipsa re, deciditur elegans quæstio, de qua Paulus de Castro *in l. in oratione, la 2. ff. ad leg. Falcid. num.* 4. Ias. *in l. cùm quæritur, Cod. de inofficioso test. num.* 2. Salycetus *in l. scimus, §. repletionem, Cod. eod* Alex. *in dict. l. in oratione*, Greg. Lopez *in l.* 18. *tit.* 1. *part.* 6.

24 vt si pater reliquerit filiis titulo institutionis legitimam portionem iure debitam, & in reliquo instituerit extraneum hæredem, si tempore mortis paternæ bona omnia valeant quinquaginta tantùm, è quibus ritè & rectè legitima sit relicta, perspectis bonis tempore mortis, si bona postea apud hæredem augeantur, ita vt valeant centum, ex augmento addito rebus istis hæreditariis, quæsitum est, an ex illo quoque augmento filij habeant augmentum quoque portionis suæ legitimæ. Tenent omnes nihil prodesse tale augmentum filiis quibus portio relicta est debita iure naturæ, perspectis bonis tempore mortis paternæ, sed totum augmentum cedere in vtilitatem hæredis. Ratio ex nostra regula sumi potest, quia tempore mortis testatoris hæreditas sine augmento erat, factaque computatione, rectè legitima portio relicta fuerat, idque titulo honorabili, & vtrisque optimè satisfecerat parens; vnde augmentum illud factum in re hæredis, non prodest filiis, quia si contigisset in re filij, nihil prodesset hæredi; augmentum enim fit vnum complexum, & idem cum re, cui accedit. Itaque quia hæreditas illa futura erat apud hæredem perpetuò, ita & augmentum, *l. si patronum, §. fin. ff. de bonis libertorum. Si ex bonis* (inquit Paulus) *quæ mortis tempore fuerunt, debitam partem dedit libertus in hæreditate vel legato; seruus tamen post mortem liberti reuersus ab hostibus augeat patrimonium, non potest patronus propterea queri, quòd minùs habeat in seruo, quàm haberet si ex debita portione fuisset institutus. Idem & in alluuione, cùm satisfactum sit ex bonis quæ mortis tempore fuerunt. Idem est et si pars legati liberto relicti ab eo, cui simul datum erat, vel hæreditatis, nunc illis abstinentibus accrescat.* Hactenus Paulus, qui ad eandem augmenti decisionem tria exempla accumulat, de seruo, alluuione, & iure accrescendi. Meritò ergo augmentum pertinet ad eum, cuius res augmentata est.

25 Quin quod & diminutio sequitur quoque augmenti naturam, & qualitatem; pertinet enim ad eum, cuius res est, in qua contingit diminutio, *l. pignus, Cod. de pignorat. actione*; debent enim ambo sequi eum, aut eos qui rem diminutam, aut augmento maiorem omnino erant habituri, ex nostra regula, & *dict. §. fin.* Paulo, Alexand. Iasone, & Salyceto, & Gregorio Lopez: vnde res hæreditaria augmento maior, vel diminutione minor, ad hæredes pertinet cum augmento, aut damno. Elegans ratio ad ea quæ diximus: in ratione autem legis Falcidiæ, recepto beneficio reperti inuentarij, difficultas illa maxima est, si successor, idemque hæres inuentarium quidem rerum hæreditariarum confecit; quo casu ex inuentario compertum erat sufficere patrimonium legatariis & hæredi; postea facta est diminutio patrimonij, an legatarij certarum quantitatum citra detractionem vllam legata sint consecuturi; & dicendum est consecuturos, quia si patrimonium augmentatum esset,

26 prodesset hæredi: ergo diminutio ei nocet, vt soluat sine detractione, quantum sufficiant opes hæreditatis; idque tenet Paulus de Castro *in dict. l. in ratione*

tione, *la* 2. *num.* 2. nam in legatariis speciei, perempta specie, legatum ademptum censetur: si verò sit legatarius quantitatis respectu certæ speciei, & perempta sit, aut diminuta species, cuius respectu quantitas est relicta, an nihil debeatur, vide eundem Paul. *vbi suprà*, & quæ ille adducit ex Bart. & aliis. Descendunt autem hæc ex nostra regula augmenti, vt omninò sequatur rationem rei, cui additur.

Ex regula quoque patet, ad eum tutorem & curatorem, cui res pupilli 27
commissa, ipseque pupillus commissus est, pertinere augmentum rei, vt sicuti de re pupilli tenetur, ita & de augmento; nomine autem augmenti non solùm intelligimus rem separatam ab antiquo patrimonio pupilli, quæ superuenit, qualis est res materna aut auita, sed vniuersè intelligo quodcumque augmentum internum, & externum, *l. quoties*, §*fin. ff. de administ. tutor.* ibi, *Per contrarium autem*, inquit Iulianus, *quia datus est simpliciter tutor pupillo, vel curator, si quid postea augmenti accesserit, de periculo tenetur, quamuis soleat ad augmentum dari tutor.* Quæ res non facit, vt ipsa augmenta non pertineant ad curam priorum tutorum, ad quos omnis vtilitas pupillorum debet pertinere: glossa *verbo Accesserit*, intelligit de pupillo; ego vniuersè intelligo, siue accedat augmentum pupillo, siue rei pupilli, siue internum sit, siue externum, siue per se subsistat, siue à re pupilli nequeat separari.

Deducitur quoque ex illa regula ratio ad augmentum legati, vt augmen- 28
tum factum in re legata pertineat ad legatarium, *l. cùm fundus*, *ff. de legat.* 2. *Cùm fundus nominatim legatus est*, inquit Labeo, *si quid ei post testamentum factum adiectum est, id quoque legato cedit, etiamsi illa verba adiecta non sint, Qui meus erit.* Textus, qui omne augmentum commiscet, quantum ad hoc, *in l. quod in rerum*, §. *si quis*, *ff. de leg.* 1. *Si quis post testamentum factum*, inquit Pomponius, *fundo Titiano legato partem aliquam adiecerit, quam fundo Titiano destinaret, id quod adiectum est, exigi à legatario potest; & similis causa est alluuionis.* Hæc Pomponius, qui de detractione & diminutione legati quoque pauca tradit: quod autem de alluuione dicit, coacta ratione de vtroque intelligendum est, quoniam de vtroque quoque augmento Pomponius agit, scilicet & de agro addito, & fundo facto meliore, *l. si ex toto*, *ff. eod.* ibi, *quia etiamsi adiecisset aliquid ei fundo, augmentum legatario cederet.* In priori parte Pomponius idem de detractione & diminutione eandem constituerat regulam: nobis est elegans textus, qui à nostris non adducitur, *in l.* 37. *tit.* 9. *part.* 6. ibi, *E esto seria, como si le mandasse vn solar, e despues que gelo ouiesse mandado, fiziesse el testador casa, ò otro edificio en el; ca estonces aquel aquien fue fecha tal manda, deue auer, tan bien la casa, como el solar, esso mesmo seria, si le fiziesse manda de vn cambo, e despues se le acresciesse alguna cosa por auenidas de rios, que le corriessen de cerca, o se ayuntassen a el otras cosas assi como arbole.* Quibus verbis proculdubio, etiamsi interpretes ad ea parum animum aduerterint, vtraque alluuio significata est geminatis illis verbis, scilicet, *que le corriessen de cerca*; & ibi, *o ayuntassen a el otros arboles, o cosas.* Eius legis non meminit Antonius Gomez *in tomo* 1. *cap.* 12. *de legatis*, *num.* 16. vbi de augmento facto in re aliena scienter legata disputat, & Greg. Lopez *in dict. l.* 37. verbo *en todo lo* 29
al. Ex quibus habes, idem efficere additionem quoad augmentum, quod effi-

cis-

cit detractio quoad diminutionem. Adde legem *seruum filij*, §. *si arg. ff. de legat.* 1. & legem *si chorus*, §. *area*, *ff. de leg.* 3. *l. si area*, *ff. de legatis* 2.

Illa autem omnia intellige, nisi taxatè, & vt ita dicam, ad mensuram fundus concessus, aut legatus sit, quia tunc etiamsi internum augmentum nunquam ademptum videatur, quod paulatim sine nostra opera & diligentia, sed solius temporis aut fortunæ beneficio accesserit; alterum verò quod secerni & separari potest, nunquam intelligitur legatum aut concessum; limitata enim concessio, item & limitata legati conceptio limitatum producit effectum, *l. in agris*, *ff. de acquir. rerum dominio*, de qua inferiùs isto capite, *l. non modus*, *Cod. de seruitutibus*: & quæ notat Baldus *in l. serui electione*, §. *vltimo*, *ff. de legat.* 1. Inde doctissimus Couuarr. *practicarum quæstionum cap.* 2. per totum, *ex dict. l. cùm fundus*, & *ex dict. l. quod in rerum*, §. 1. & ex Bald. quem ipse & plures alios adducit, infert ad augmentum factum in castro, oppido, aut vrbe à Principe concessa, quod latissimè disputat; magis autem conueniens decisio est, vt tale augmentum ad concessionem pertineat, nisi limitata concessio facta fuerit, *ex dict. l. cùm fundus*, *iuncta dict. l. in agris*. Adde legem *grege legato*, *ff. de leg.* 1. vbi Iureconsultus, *grege*, inquit, *legato*, *& quæ postea accedunt*, *ad legatarium pertinent*. Vide apud ipsum alia iura, quæ cumularat glossa *in l. si ex toto*, *ff. de legat.* 1. & *in l. peculium*, *ff. de legat.* 2. adde textum elegantem *in l. serui electione*, §. *fin. ff. de legat.* 1. vbi si quis leget fundum, vel dicat meum, vel simpliciter loquatur, qui tamen fundus communis sit sibi cum alio, censetur tantùm fundi partem suam reliquisse, & si post factum testamentum partem aliquam adiiciat, est locus dictæ legi *cùm fundus*; quod latè fundat *num.* 3. & dixerat *num.* 1. egregia declaratio ad id legatum, quod quotidie fit apud nos; sæpe enim maritus, aut vxor legant lucratum constante matrimonio fundum, ac subinde communem, vt partem suam videantur legasse, si suum fundum legauerint; aut dicant, *fundum meum Titianum relinquo*; verbum enim illud *meum*, licet non impediat augmentum, in hoc tamen casu extra causam augmenti facit vt portio testatoris videatur legata; legato verò fundo Titiano, sine pronomine *meo*, ad aliam regulam veniendum est, idque si sit communis cum alio, an scienter rem alienam legauerit, quod in viro & vxore facile est intelligere, ex his, quæ notantur *in l. verius*, *ff. de probationibus*: vide ad hoc glossam *in dict. l. serui electione*, §. *fin. ff. de legat.* 1. quæ ex his quæ diximus, iuris rationem habent.

Illud tamen aduertendum est ad ea, quæ tradidit doctissimus Couarr. *dict. cap.* 2. *vers. secundò*: ipse arbitror id quod tradit de pronomine *meus*, dum explicat dictam legem *cùm fundus*, & dictam legem *serui electione*, §. *fin.* & legem *si ita*, *ff. de auro & arg. legato*, altiori indigere explicatione, quam ipse sciens & prudens omisit, vt propositam sibi rem perficeret. Nos in gratiam iuuentutis explicabimus, vt innoscant plura iura, quæ aliàs confusa nimis & obscura videri poterunt altiùs intuenti: & recurrendum est *ad l. nuper*,
30 *ff. de legat.* 3. tanquam ad regulam, vbi Pomponius distinctè & apertè hanc ipsam controuersiam definit; ex eo facilis erit interpretatio ad aliqua iura. Pomponius id quærit, quando scilicet pronomina, *meus*, *tuus*, & alia adiuncta præsentis temporis, vel futuri verbis, demonstrationem, aut conditionem, faciant:

faciant : & in primis in priori parte ita inquit : Verbum *meum*, cum verbo præsentis temporis, demonstrationem, non conditionem facit, veluti si testator ita dixerit, *Lego Titio Sempronianum meum fundum, vel qui meus est*, ibi, *vt quoties certum corpus legetur, ad præsens tempus adiectum hoc verbum, meum, non faciat conditionem.* Altera species est si legetur incertum corpus cum pronomine ad verbum præsentis temporis, vt frumentum meum, vel quod meum est, vel argentum meum, vel quod meum est, vel libros meos, vel qui mei sunt; non enim facit conditionem, sed est instar conditionis, & verè demonstrationem facit & purum legatum, non verò conditionale; est tamen pro conditione demonstratio illa, id est, instar conditionis, *vt ea demùm*, inquit Pomponius, *quæ illius sunt, videantur legata*; idque tempore testamenti, vnde vinum, quod erat testatoris tempore testamenti, etiamsi id coacuerit, legato cedet: hæ sunt duæ species, scilicet cùm certa & determinata res legatur cum pronomine & verbo præsentis temporis, *Stichum qui meus est, do, lego*; demonstratio est: at verò incerta res, cùm hoc verbo & pronomine purum legatum facit, non conditionale, & continet demonstrationem; sed ea demonstratio est instar conditionis, ea enim legata sunt quæ tempore testamenti erant testatoris. *Vinum meum do, lego Titio*; nullum legatum est, si testator nullum vinum habuit; si verò habet, etiam quod coacuit, ad legatum pertinet. In hac secunda specie est textus *in l.scribit, de auro & argento legato, §.item scribit*; Pomponius enim in eadem sententia est, & seipsum explicat; alibi enim propositâ & retentâ specie, ea verba ait esse pro conditione, scilicet in dicta lege *nuper*, alibi ait ea verba facere demonstrationem, scilicet *in dict.§.idem scribit*; vtriusque autem responsi vnicus est sensus, vt id censeatur relictum, quod tempore testamenti facti testatoris fuisse compertum sit. *Quintus Mutius*, inquit Pomponius, *scribit, si maritus cùm haberet quinque pondo auri vxori ita legasset, Aurum quodcunque vxoris causâ paratum est, vti hæres vxori det; etiamsi libra auri inde vænisset, & mortis tempore amplius quàm quatuor libræ non deprehenderentur, in totis quinque libris hæredem esse obligatum, quoniam articulus, Est, præsentis temporis demonstrationem in se continet.* Hæc Pomponius. Igitur cùm demonstrationem contineat, dicendum est esse purum legatum, non conditionale, sed illam demonstrationem esse pro conditione, *ex dicta l.nuper*, vt detractio non faciat diminutionem, nec additio augmentum; id enim solùm legato continetur, quod tempore testamenti testatoris esse compertum sit. Inde patet sensus ad dictam legem *serui electione, §.cùm fundus*; & conuenit lex *si ita legatum esset, ff.de auro & argento legato*: modò subdit Pomponius tertiam speciem *in d.l.nuper: Planè in mortis tempus collatum hunc sermonem, Vestem quæ mea erit, sine dubio pro conditione accipiendum puto.* Quæ tertia species continet pronomen *meum*, cum incerta re, adiuncto articulo, aut verbo futuri temporis: & ait Pomponius esse demonstrationem, sed eam esse pro conditione, id est, quantum ad legatum videri id duntaxat legatum, quod tempore mortis testatoris, non verò confecti testamenti testatoris reperiatur: vnde detractio diminutionem inducit, additio augmentum. Exemplum & vtilitatem huius tertiæ speciei vide clarè & expresse apud Papinianum *in l.cùm illud aut illud, §.finali, ff. quando dies legati*

 cedat,

cedat, vbi verba Pomponij explicantur; certum enim est, posse fieri, vt legatum purum sit, & transmittatur, & tamen conditionalis legati naturam obtineat: namque inquit Papinianus *in dicto* §.*finali*: *Dies legati, cui conditio non adscribitur, quamuis extrinsecus expectanda sit, cedit.* Id ipsum dixerat Pomponius (pro conditione) *in dict. l.nuper*, quia licèt purum sit, & cedat, tamen id debetur quod tempore futuro, ideſt tempore mortis, reperitur testatoris; & cùm tempore præsenti, ideſt testatoris, reperitur tempore confecti testamenti, *dict.l.cùm illud*, §.*final.dict. l.nuper*, *dict. l.scribit*, §.1.*versic. vxori*, vbi verba illa Quinti Mutij expendenda sunt: ibi, habere legatum in se demonstrationem, & augmentum. Ideoque ipso iure alienatâ librâ auri, ampliùs quàm quatuor libræ non remanent in legato, quia detractione diminutum est, sicuti potuit augmento crescere. Subdit quartam speciem Pomponius *in dict. l.nuper*, ibi: *Sed & Stichum, qui meus erit puto pro conditione accipiendum, neque interesse vtrum ita, qui meus erit; an ita, si meus erit, vtrobique conditionem eam esse.* Itaque in priori specie certa res cum verbo præsenti demonstrationem faciebat, quæ non vitiabat legatum, & debebatur, etiamsi res certa testatoris non fuisset. In hac quarta specie vitiatur legatum, nisi testatoris res certæ reperiantur; & nihil interest inter has verborum conceptiones, *Stichum qui meus erit*, vel *Stichum si meus erit*; vtraque continet conditionem, non verò demonstrationem, *dict.l.nuper.* In hac quarta specie est textus expressus *in l.Stichum, qui meus erit, ff.de legat.*1. *Stichum qui meus erit*, inquit Iulianus, *cùm moriar, hæres meus dato: magis conditionem iniecisse legato, quàm demonstrare voluisse patremfamilias apparet, eo quod si demonstrandi causâ hæc oratio poneretur, ita concepta esset, Stichum qui meus est; non, qui meus erit.* Hæc Iulianus. Ita hæc iura interpretatur Emanuel Costa doctissimus & eloquentissimus, licèt breuiter, de patruo & nepote, *fol.mihi* 94. *versiculo vnde in proposita specie*, ex Alex.& aliis, quos ipse adducit *in l.commodissimè, ff.de lib. & posthum.* & pertinent *ad dict.l.cùm fundus*, & ad reliqua iura de augmento & detractione legati; ideò necessariò fuerunt nobis adducenda, & quæ aggrediebatur doctissimus Couarr. *dict.*§.*secundò*, *vbi suprà.* Ex quibus intelligi facilè potest, quid quantumve accedat, aut detrahatur legatis auri, argenti, pecuniæ, frumenti, gregis, supellectilis: & explicatur dicta lex *nuper*, dicta lex *serui electione* §.*cùm fundus*, dicta lex *si ita legatum, ff. de auro & argent. legat.* dicta lex *cùm illud*, §.*fin.* dicta lex *Stichum qui meus erit*, dicta lex *scribit*, §.1. & alia quæcumque ita sint concepta per pronomen & verbum futuri, aut præsentis temporis.

34 Sumus adhuc in augmento, vel diminutione legati, quæ res hactenus ieiunè tractata est: in quo est quoque de area non obscura discrepantia inter clarissimos Iureconsultos, quos nemo hactenus legitima pace composuit, cùm bellum & pugnam planè viderint. Pertinet hic tractatus *ad l.si chorus* 79.§.*area legata, ff. de legat.*3. & *ad l. seruum filij*, §. *si area*, 46.*ff. de legat.* 1. Paulus & Celsus videntur mutuò pugnare, Paulus enim *in dict.* §. *si areæ legatæ*, inquit, *domus imposita sit, debebitur legatario, nisi testator mutauerit voluntatem.* Hæc Paulus, qui in legato areæ superposito ædificio censet augmentum factum, vt locus sit dictæ legi *cùm fundus*, & his quæ de augmento legati diximus:

cum

cum Paulo est Papinianus *in l. si area*, 40. *ff. de legat.* 2. *Si area legatæ*, inquit, *post testamentum factum ædificium impositum sit, vtrumque debebitur, & solum, & superficies.* Quod Papiniani responsum ad augmentum pertinet: facit lex *inter stipulantem*, 83. §. *sacram*, *ff. de verborum*, quòd area eadem est diruto ædificio, & denuò ædificato non eadem semper sit: nil mirum igitur si legatâ areâ ædificium superimpositum debeatur, ex ratione augmenti. Facit lex *qui vsumfructum*, *ff. de vsufructu*, lex *repeti*, §. *si area*, *ff. quibus modis vsu fr. amittat.* Denique hæc omnia iura id postulant sibi, vt quoniam areæ alia ratio est atque domus, aut insulæ, area quidem debeatur, cui si à testatore superponatur ædificium, augmentum legati videatur factum. Contrarium vult Celsus *in dict. l. si chorus*, §. *area legata*, ibi: *Area legata si inædificata medio tempore fuerit, ac rursus area facta sit, quamquam tunc peti non poterat, nunc tamen debetur.* Vbi ædificium superpositum areæ legatæ nihil auget legatum, Bart. Paulus, Iason, & reliqui *in d. l. seruum filij*, §. *si area*, dupliciter soluunt, & conciliant, constituendo semper regulam *ex d.* §. *si area*, & *ex dict. l. si area*, vt legata area debeatur item ædificium superpositum, quasi augmentum rei legatæ; aiuntque id obtinere nisi ædificium erectum sit, vt adimeretur legatum, ex verbis dicti §. *si area*, ibi, *nisi testator mutauerit voluntatem*; aiuntque *in d. l. si chorus*, §. *area*, mutatam esse voluntatem testatoris, benè tamen fatentur omnes, esse diuinatorium hunc sensum, & planè *ad d.* §. *area*, nihil magis diuinat. Secundò soluunt, verè quidem, sed diuinando quoque aiunt *in d.* §. *area*, *l. si chorus*, aream fuisse alienam, ac eo præmisso, & pro vero constituto, inducunt regulam *ex l. qui res*, 98. *ff. de solutionibus*, vbi §. *aream*, inquit Paulus, *non est similis area, in qua ædificium impositum est; non enim desiit area in rerum natura esse, imò & peti potest area, & æstimatio eius solui debebit; pars enim insulæ area est, & quidem maxima, cui etiam superficies cedit.* Subditque Paulus in fine: *Denique lex duodecim Tabularum tignum ædibus iniunctum vendicari posse scit.* Hæc Paulus, qui, vt patet in principio, loquitur de area aliena promissa, cui dominus ædificium superposuit, ibi, *aream promisi alienam, in ea dominus insulam ædificauit*: itaque in promissione areæ, aut in legato areæ alienæ ædificium erectum in area non cedit areæ, neque efficit augmentum promissionis, aut legati; & quamdiu durat ædificium, cessat areæ petitio, quia lege duodecim tabularum cessat vendicatio tigni, quamdiu ædificio iniunctum sit, licèt ad æstimationem agi possit. Aiunt ergo argumento dictæ legis *qui res*, §. *aream*, fuisse alienam aream, *in dict. l. si chorus*, §. *area legata*, nec peti potuisse existente ædificio, eo verò collapso & diruto, potuisse peti aream, quia debetur: retento autem hoc sensu & intellectu, dicendum est potuisse peti æstimationem, *ex dict.* §. *aream*, sed & hic intellectus diuinat *ad dict. l. si chorus*, § *area*; neque enim extorquebis *ex dict.* §. *area*, quomodo area fuerit aliena, vt inducatur dispositio dictæ legis *qui res*, §. *aream*: quod sensit Ias. *in dict. l. seruum filij*, §. *si area.* His duabus solutionibus omnes conticent, nullusque aliam inquirit, quem ego viderim; adhuc enim remanent Paulus & Celsus ex diametro pugnantes sine pace; ego tamen existimo Iureconsultos hos diuersas facti species tractasse. Celsus inquirit conseruationem legati, Paulus augmentum; hic proponit aream legatam, & ædificium superpositum;

perpositum; quærit de augmento, an superpositum ædificium sit legati augmentum: in qua facti specie Celsus idem quod Paulus respondisset, scilicet factum fuisse augmentum, & legatario prodesse. Celsus verò aliam facti speciem proponit, ac subinde aliam ac subtilem & difficilem iuris decisionem inquirit: proponit aream legatam, proponit item ædificium superpositum. Hactenus erat facti species, in qua erat Paulus. Addit Celsus vlteriùs dirutum fuisse ædificium, & iterum redactum ad aream: quærit, non de augmento, quod dirutum esse constat, & iam non est; sed de ipso legato areæ, an area peti possit: ait posse quidem peti. Ratio quæ potuit mouere Celsum, vt dubitaret in hac specie, elegantissima erat, & subtilis, *ex l. si grege, 22. ff. de legat.* 1. iuncta decisione legis *si ita legatum*, §. *si domus*, *ff. eodem*; vbi si insula legata sit, & sit postea combusta, dubitatur an saltem in area, quæ pars est insulæ, & quidem maxima, conseruetur legatum, & ait Pomponius conseruari, vt saltem area debeatur, vtpote pars insulæ legatæ, idque *in dict. l. si grege*: rursum Caius *in dict.* §. *si domus*, proponit domum legatam, eamque dirutam, & rursum aliam erectam; quærit an hac secunda, quæ de nouo fuit erecta, iterum diruta, legatum omnino intereat, ita vt neque in area conseruetur: & ait interire, quia hæc area, quæ modò restat, non est pars domus, quæ legata fuit, sed eius quæ de nouo erecta est. Itaque Celsus proponit aream legatam: si verò proponeret duntaxat ædificium erectum, & superpositum, de augmento rogatus planè respondisset augeri legatum, sed vlteriùs progreditur, & dirutum rursum ait ædificium. Quærit non de augmento quod dirutum est, & iam non extat, sed de area, an debeatur: ait deberi, quia eadem area reperitur, quæ legata fuerat; neque in hoc pugnat cum dicta lege *si ita legatum*, §. *si domus*, quia diuersa facti species & diuersa iuris ratio est. Hîc enim non area, sed domus relicta fuit, cuius tunc area veluti pars domus legatæ legato contineri videbatur; eâ autem dirutâ & ædificatâ nouâ domo, iam area incipit esse pars domus nunquam legatæ, quæ postea erecta fuit, & ita non venit tanquam pars rei legatæ; simpliciter autem area legata non erat, ideo non debebatur. *In dict. l. si chorus*, §. *area*, simpliciter legata est area, & simpliciter reperitur; ideo debetur, etiamsi ædificium erectum sit, idque dirutum rursum, quia sola area legata est, quæ restat destructo ædificio. Hanc existimo esse conciliationem Pauli & Celsi, nisi difficilis sit his, qui aream partem insulæ putant, domus non item. Certè ambo Iureconsulti in diuersa sunt facti specie, diuersa quærunt, diuersa respondent. Hactenus de augmento legati, & deriuata sunt ex regula augmenti, quia addita sequuntur naturam & rationem earum rerum, quibus adduntur.

35 Ex illa quoque regula deducimus, vt meliorationes, & augmentum factum in pignore sit sicuti ipsum pignus obligatum, vt hypothecæ subdatur, *l. si fundus hypotheca, ff. de pignoribus. Si fundus*, inquit Marcianus, *hypotheca datus sit, deinde alluuione maior factus, totus obligabitur*: *l. si conuenerit*, §. *si nuda, ff. de pignoratitia actione. Si nuda*, inquit Paulus, *proprietas pignori data sit, vsusfructus, qui postea accreuit, pignori cedit; eadem causa est alluuionis.* Facit lex *Paulus*, §. *penultimo, ff. de pignoribus*, de qua & de lege *cùm postulassem*, §. 1. *ff. de damno infecto*, diximus *cap.* 18. *num.* 57. est nobis lex 15. *tit.* 13. *part.* 5. quam

quam *dict. cap.* 18. explicuimus, vbi Gregorius Lopez. Igitur augmentum inseparabile semper ipsius rei sequitur naturam, quia eadem res est cum ea cui accedit, & eius naturam & qualitates suscipit, & retinet.

De alluuione quoque decidendum est ex hac regula, vt alluuio ad eum 36
pleno iure pertineat, ad quem quoque pleno iure pertinet res, cui alluitur: quod si res à diuersis diuerso respectu obtineatur, alluuio quoque diuersè diuersis respectibus acquiretur: id poscit ratio, nisi aliud scriptum sit particulariter in iure, cui standum erit, vnde ex nostra regula decidendum existimamus, quod cogitandum reliquit Gregorius Lopez *in l.* 30. *titul.* 28. *partit.* 3. verbo *propriedad*, vt alluuio facta in agro mariti vel vxoris, siue ea latens sit, siue patens, ad eum pertineat, cuius est prædium, cui alluitur, scilicet ex nostra regula; quia cùm aliud iure expressum non sit, id obtinendum est, vt omne augmentum inseparabile ac separabile, quod contemplatione alicuius rei contingat ex eius titulo & causa, ad eum pertineat, ad quem ipsa res pertinet, quam fundauimus suprà *ex dict. l. si proprietati*, & probat idem Gregorius Lopez ex Oldrado, Bartol. & aliis, cui decisioni nihil repugnat, quod ipsemet Gregorius Lopez adducit in priori parte glossæ; namque id satis superque à nobis suprà isto capite reprobatum est. Itaque *ex dict. l. si proprietati*, &
ex his quæ diximus, in viro & vxore constituendum est, augmentum allu- 37
uionis sequi naturam, qualitatem, & rationem, & ius eius rei cui alluuio & augmentum accedit, vt eodem iure censeatur; neque hoc dignum erat quod cuiusque cogitationi relinqueretur, cùm potuisset facilè expediri, præsertim *ex dict. l. si proprietati, ff. de iure dotium*, ibi, *quemadmodum si alluuione accessisset*: quæ lex, cùm loquatur indistinctè de alluuione, de vtraque est intelligenda; cumque afferat esse hoc dotis incrementum, nulla restat difficultas, quin ad eum pertineat, ad quem res pertinet, cui accedit. In rebus igitur mariti expeditum sit hoc, quod tractamus de incremento alluuionis in viri & vxoris rebus.

Præterea ex nostra regula idem censendum est in maioratus possessore, 38
Prælato, Rectore, & aliis id genus possessoribus, vt si alluuio contingat in rebus maioriæ, aut dignitatis, aut Ecclesiæ, siue alluuio appareat & pateat, siue lateat, ad eos pleno iure pertineat, & ad successores cum qualitate maioriæ, & Ecclesiæ; nihil enim in his contrarium decisum reperitur, vnde non est citra ius à regula decedendum; hi enim omnes nullum ius cum aliis habent admixtum, sed res ipsas domini possident cum qualitate illa. Cùm ergo augmentum contingat respectu rei, sequitur rem, ac subinde rei possessores. Ita concludit in maioratus possessore Ludouicus Molina *cap.* 16. *lib.* 1. *num.* 17. idem obseruandum est in aliis, quia eadem iuris ratio est; cùm enim augmentum contingat ratione rei, ad possessores pertinet, neque in his & aliis meliorationibus, etiamsi industriâ, & operâ contingerent, esset locus expensarum reputationi in maioria, propter legem 46. in aliis propter ea quæ diximus *suprà cap.* 11. *num.* 71.

Istud verò de augmento ex alluuione intelligendum est iuxta dispositionem legis *adeo*, §. *præterea*, *ff. de acquirendo rerum dominio*, & legis 26. *tit.* 28. *part.* 3. vbi si paulatim incrementum contingat, eo modo vt sentiri nequeat, fit eius

prædij, cui accessit, secus, si terræ disiecta magna gleba ex meo fundo, tuo adhæsit; antiqui enim damni est, neque tibi quæritur. Vide ibi, & Gregorium Lopez.

39 In fructuario expeditum est iure Cæsarum, *ex l.item*, §.*fundi*, §.*huic vicinus*, *vers. sed si insula*, *ff. de vsufructu*, vt latens incrementum molliter adauctum habeat, & eo fruatur; patenti non item. Ideoque si insula in medio flumine appareat, non habet partem quæ obiicitur fundo fructuario, sed dominus. Verba Celsi hæc sunt: *Huic vicinus tractatus est, qui solet in eo quod accessit tractari, & placuit alluuionis quoque vsumfructum ad fructuarium pertinere: sed si insula iuxta fundum in flumine nata sit, eius vsumfructum ad fructuarium non pertinere Pegasus scribit, licèt proprietati accedat; esse enim veluti proprium fundum, cuius vsusfructus ad te non pertineat: quæ sententia non est sine ratione; nam vbi latitat incrementum, & vsusfructus augetur; vbi autem apparet separatum, fructuario non accedit.* Hactenus Celsus, contra quem & Pegasum Paulus contrarium tenebat *receptarum sententiarum lib.*3. vide tamen Cuiacium *libro* 1. *feudorum*, *si de inuestitura feudi controuersia fuerit*, §.*si quis de manso.* Contra Paulum ergo præualere debet Pegasi & Celsi sententia, vt alluuionis augmentum patens ad dominum pleno iure pertineat, latenti fruatur fructuarius, quamdiu re fruenda sibi frui licuerit: hoc est in fructuario constitutum.

40 In vassallo autem consuetudine feudorum inductum putant plerique, vt distinguendum item sit inter vtramque alluuionem, ita vt obseruetur distinctio, quæ obseruata est & tradita in fructuario. Aluarotus *in cap.*1. §.*si quis de manso*, *si de inuestitura feudi*, *lib.*1. *tit.*4. Ruinus *consil.*7. *num.*12. *lib.*1. Alij contrà censuerunt, nempe vtrumque incrementum ad vassallum pertinere, cum qualitate tamen feudali: Paris. de Puteo *de finibus feudorum*, *fol.*171. *num.*7. Bald. *in dict.* §.*si quis de manso*, *n.*1. Molineus *in consuetud. Parisiensibus*, *tit.*1. *part.*1. §.1 *glos.*5. *num.*99. Iulius Clarus §.*feudum*, *quæst.*88. Aliter existimabat Iacobus Cuiacius *in dict.* § *si quis de manso*, an dominus retinuerit partem curtis, vel non: vt priori parte pro portione obtineat quoque incrementum, secundo verò casu nihil, sed totum augmentum pertineat ad vassallum: cuius sententia est eadem cum secunda, quæ præsupponit totam curtem datam vassallo; si enim feudum simpliciter concessum contineat totam curtem, vtrumque incrementum pertinet ad vassallum, ex secunda sententia, & receptiori, ibi: *Sed si dominus in ipsa curte nihil sibi retinuit, tunc omne incrementum pertinet ad vassallum, id est iure feudi fidelis obtinet.* Facit §.*final. eodem tit.* vt omne incrementum ad vassallum pertineat iure feudi, aut cum qualitate feudi; nostra tamen lex 30. *tit.*28. *part.*3. vassallum fructuario similem facit, & in vassallo priorem opinionem comprobat; in vtroque enim existimat, & decidit admittendam esse distinctionem latentis & patentis incrementi ob alluuionem; quæ opinio iure feudorum sustineri non potest, *ex dict.* §. *si quis de manso*, nostro iure admittenda est, *ex dict. l.*30. *tit.*28. *part.*3.

41 In emphyteuta cumulauit opiniones Aluarus Vazquez Lusitanus *quæst.*16. *num.*2. & 3. eamque existimat veriorem & receptiorem, vt omne augmentum, tam latens, quàm patens, pertineat ad emphyteutam, quia maius ius habeat quàm fructuarius, scilicet vtilem vendicationem, & dominium non peritu-

rum

rum morte: tum etiam quia cùm damnum sentiat vtriusque alluuionis, necessum est vt secundum naturam commoda quoque & vtilitates eiusdem sentire debeat, & ita tenet cum Bart. Salycet. Bald. Angel. Iason. & aliis, contra eos qui existimabant esse distingendum inter vtramque alluuionem, quos quoque refert Gregorius Lopez *in dict. l.*30. *tit.*28. *partit.*3. qui in hac opinione est, propter authoritatem legis nostræ, quæ vsufructuarium & vassallum similes facit, quasi sublatâ & ademptâ occasione disputandi; siue enim vassallo, siue fructuario emphyteutam similem facias, vtrumque ius est, obseruato nostro iure: in Hispania ergo emphyteuta augmentum latentis alluuionis iure emphyteutico habebit; quod verò alluitur apparenter, emphyteusis domino cedit.

Ista autem acquisitio, quæ fit per alluuionem latentem, id est istud, quod 42
meo prædio alluitur, sensim & paulatim lambendo ex tuo, acquiritur prædio meo iure gentium, *l.adeò*, §.1.*ff. de acq. rerum domin.* §.*præterea, Institut. lib.*2.*tit.de rerum diuisione*, *l.*26. *tit.*28. *part.*3. accedit enim inseparabiliter rei meæ, cui indiscreta quadam ratione vnitur, neque ad alium quemquam pertinet, nec contrarium asseruit Agennus Vrbicus in commentariis ad Iulium Frontinum *de controuersia limitum, & diuisione agrorum, cap. de controuersia, versiculo de alluuione*; quem malè subnotat Æguinarius Varo *in dict.* §. *Præterea*, adductus ad hoc ab Aluaro Vazquez *vbi suprà*, *num.*3. ait enim Vrbicus, hanc alluuionem contingere propter tuam negligentiam, qui prædium non munieris aduersum fluminis alueum rapidum. De acquisitione verò neque verbum. Verba eius hæc sunt: *De alluuione obseruatio est, si in occupatoriis agitur agris; quicquid vis aquæ abstulerit, repetitionem nemo habet, quæ res necessitatem ripæ muniendæ iniungit.* Et rursum ait: *At Cassius Longinus vir prudentissimus, iuris author, hoc statuit, vt quicquid aqua lambendo abstulerit, id possessor amittat, quoniam scilicet ripam suam sine alterius damno tueri debet.* Hæc Vrbicus; neque enim in hac re eadem est causa amittendi, & acquirendi. Amittit ille qui prædium non muniuit suum aduersus fluuium, *l.*1. *Cod. de alluuionibus & paludibus*, *l.*1.*ff.de ripa munienda*, quæ sentiunt idem quod Vrbicus: acquirit autem ille cui accedit, *dict.l.*1. quia in re sua cum re sua nihil aliud quàm rem suam reperit.

Ex Agenno autem Vrbico & Iulio Frontino, de controuersiis & qualitate 43
te agrorum colligit Franciscus Connanus, vir mihi doctissimus inter Gallos, interpretationem ad difficilem decisionem legis *in agris*, *ff.de acquir. rerum dominio*, *comment.iuris ciuilis lib.*3. *cap.*5. *num.*4.*&* 5. quam interpretationem & probo, & magis explico. Aiunt scriptores omnes, ait Iureconsultus ipse *in d.l.in agris*, non esse locum augmento in agris limitatis, ac subinde deducunt vulgare illud dictum, limitatam causam, limitatum producere effectum; cumque illud constituant, & verum illud sit, de quo superiùs, isto capite; illud tamen difficillimum est intelligere exempla duo à Iureconsulto addita *in d.l.in agris*, ex quibus innotescat, quæ sit causa limitata, quique sit ager limitatus. Aluarus Vazq. explicat *q.*16.*n.*10. sua tamen sibi displicet interpretatio: explicat Accursius *in d.l.in agris*, sed ex ipso obscurior est dicta lex *in agris*. Explicat Alciatus *prætermissorum lib.*2. & Æguinarius Varo *dict.*§. *præterea*, sed ægrè sustinentur

stinentur illæ interpretationes. Ex Vrbico meliùs & vtiliùs interpretamur; diuidit enim agrorum genus omne in arcifinum, vel arcifinium, vel occupatorium, ab arcendis hostibus, vel ab occupatione, quòd ab hostibus fuerit occupatus, & sit in confinio hostium: hæc agrorum genera terminat & limitat secundum antiquam obseruationem, vt inquit Vrbicus, fluminibus, fossis, montibus, viis, arboribus vetustis, antemissis, aquarum diuergiis, quæ verè sunt termini & limites, quos nos vocamus naturales, reuerà enim limi-
44 tatus & terminatus est ager qui huiusmodi terminis cingitur & continetur, & in disputationibus terminorum hos verè terminos, & naturales quidem censemus, *l. sed & si loci*, *§. fin. cum l. seq. ff. finium regundorum.* Paulus de Castro *in l. ex hoc iure, ff. de iustitia & iure*, Ioan. Andreas *in cap. causam, de probationibus*, Auiles *in capitulis correctorum, cap. 6.* Auendañus *ibidem, part. 1. cap. 4. num. 19.* Zazius *consil. 16. lib. 2.* Liuius Antiocho ait limitatum à Romanis Regnum vsque ad montem Taurum: meliùs hæc limites & terminos probant, quàm maceries, casellæ, aut valla ex cespite congesta. Ager ergo his finibus & terminis cinctus habet ius alluuionis. De hoc genere agri limitati his limitibus & terminis intelligendus est sensisse Florentinus Iureconsultus, antiquitatis scientissimus, in priori parte sui responsi, & in priori exemplo, *dict. l. in agris*: cùm enim dixisset, in agris limitatis non esse locum iuri alluuionis, subdit statim, agrum eum, qui hostibus deuictis militibus fuisset concessus; quibus verbis de agro arcifinio proculdubio intelligit, vel occupatorio, capto scilicet ab hostibus & concesso militibus, cuius natura ea ex Vrbico fuit, vt secundùm antiquam obseruationem finiretur montibus, fontibus, & cæteris terminis naturalibus: & subdit habere alluuionem, neque esse eo modo limitatum, vt alluuionem à se reiiciat, quamuis suos terminos secundum antiquam obseruationem habeat; ita enim dabatur hoc genus agrorum, qui arcifinij, aut occupatorij dicebantur, vti ab hostibus possidebantur, quousque ager ille Romæ veniret, id est venundaretur, vnde militi portio debita assignaretur, & reipublicæ superfluum & residuum daretur: itaque quod
45 Vrbicus ait, nunquam inuentam fuisse mensuram in hoc genere agri arcifini, vel arcifinij, aut occupatorij, planè & clarè ait Vrbicus hunc agrum his limitibus contentum non esse limitatum, scilicet ad mensuram & lineam, ideò esse locum alluuioni: modò Frontinus & Vrbicus alterum constituunt genus agri, scilicet subseciuum, quem à subsecante linea dictum putant; & est ager ille, qui non limitabatur secundum veterem & antiquam obseruationem, scilicet montibus, fontibus, rupibus, fossis, aquarum diuergiis, sed ad lineam, & mensuram, & ita assignabatur militi: hic verè limitatus est, nempe ad lineam & mensuram, in quo non est locus alluuioni. De hoc agro limitato sensit Florentinus *in dict. l. in agris*; ager enim qui ad regulam & mensuram, & lineam assignatus est militi, & ab eo manu capitur, hic iam venundatus est Romæ, iámque separatus est à portione quæ reliqua est reipublicæ: itaque in arcifinio & occupatorio expectabatur vt veniret Romæ, interim dabatur ad antiquam formam, & veterem cultus consuedinem, quousque venderetur, & venditione compertum esset, quanta aut quota pars relinquenda esset militi ob bellicam virtutem & præmium commeritum; & hac portione

assignata

assignata militi, fiebat vt reliquum pertineret ad rempublicam: alter ager, scilicet subseciuus, militi dabatur ad regulam, limitatus ad lineam, militique ita manu capiebatur iam venditus Romæ, & æstimatus pro militari virtute; limitari enim propriè est finibus coërceri, & separari, & ita accipiendum est verbum illud apud Plinium *lib.*17.*cap.*22. vbi vineas ait limitari decumano, id est, terminari. Ex eodem Vrbico intelliges facilè, quâ figurâ, dispositionéve decumano terminentur, id est, angulis ita oppositis, vt crucem transversam efficiant, aut decussis figuram X. Alibi disponendas arbores esse ait in quincuncem, id est, in formam figuræ quincuncis, quæ forma patet ex verbo: figura quincuncis hæc est V. Locus Plinij est *lib.*18. *cap.*34. vide Columellam *lib.*4. *cap.*20. De palmitibus inquit alligandis, iuxta decumanum atque semitas, palmites intrinsecus flectendi sunt, ne prætereuntium incursu lædantur. Pertinent autem ad interpretationem dictæ legis *in agris*, cuius verba difficilia iam possunt innotescere ex Vrbico, obseruatâ antiquâ & veteri formâ, & distinctione agrorum: venditio autem agrorum Romæ fiebat. Cicero *de lege agraria*, *actione* 1. *contra Rullum*.

In tributariis quoque agris, de quibus quoque Frontinus & Vrbicus mentionem faciunt, ratio agrorum arcifinorum, vel occupatoriorum obseruanda 64
est: ager enim tributarius per vniuersitatem, inquit Frontinus, populis est definitus, non inquit per regulam, aut lineam; & ita tributarius quoque ager, qui reipublicæ quotannis pensionem solueret, limitabatur & finiebatur secundùm veterem obseruationem, vtpote ager arcifinus, & tanquam artificinus, vel occupatorius, neque ad lineam, neque ad mensuram repertus est vnquam limitatus, ideò erat semper locus iuri alluuionis, quia non erat propriè limitatus, scilicet ad lineam & mensuram, licèt contineretur, & coërceretur suis naturalibus limitibus & terminis, montibus scilicet, iugis, fontibus, fluuiis: reuerà ager arcifinus, vel occupatorius, eius naturam retinens, & sub genere arcifinorum collocat Vrbicus: est ergo sicuti in arcifiniis locus alluuioni, ex quo patet lex finalis, *Cod. de alluuionibus*, *&* *paludib.* tributarius enim gaudet hoc naturæ beneficio, *l.*2.*Cod.eod.* & licèt plerisque visa sit loqui in alluuione, verissimum est loqui in inundatione, cuius longè alia ratio est quàm alluuionis. Benè fatemur vtramque legem agere de agro tributario; alteram in eo, qui augetur ex alluuione; alteram in eo qui augetur ex inundatione; ideò in casu legis finalis non augetur pensio; in casu legis 2. augetur propter inundationem, cuius dispar ratio est atque alluuionis, *l.adeò*, §. *prætereà*, §.*Insula*, *versic. aliud sanè*, *ff.de acquirendo rerum dominio*: vide Gregor. Lopez *in l.*26. *tit.*28. *part.*3. Connanum *lib.*1. *cap.*5. Aluarum Vazquez *dict. quæst.*16. *num* 7. vbi in principio mendosè, ni fallor, *l.*2. pro *l.fin. Cod. de alluuionib us*, allegatur. Diuersitas autem alluuionis, & inundationis patet *ex dict.l.*2. alluuio enim ex negligentia tua mihi molliter & paulatim iure gentium acquiritur, non temporis momento, sed expectatis diebus, ita vt cum meo agro idem efficiatur ager, & nequeat ab ipso secerni & separari; & tibi restat ager tuus vnde tributum soluas, si tributarius sit; inundatio autem relictis illis agris, alios inundat, rapit vbertatem, & aliò transfert, steriles facit hos agros, ita vt ex his pensio si tributarij sint, nequeat solui: ne autem

respublica sine redditibus pauper remaneat, destitutos suis opibus liberat pensione, eamque exigit ab his quibus vbertas accessit inundationis, ne Respub. careat suis redditibus; quod in alluuione contingere nunquam potest, cùm semper remaneat ager vnde pensio soluatur; hæc est ratio dictæ legis 2. licèt Accursius varie laboret, vt ipsam cum *l.fin.* conciliet; quæ autem vbertas hæc sit, aut fœcunditas, quæ in Nilo reperitur, explicat Strabo *Geographiæ lib.15. folio mihi* 477. *Qui etiam Nilum fœcundissimum esse dicunt* (inquit) *& nutritiuum, propter moderatam solis decoctionem, relinquentis nutrimentum & superfluum euaporationis; ex ea causa verisimile est* (inquit) *id contingere, quod Nili aqua dimidio minori igne decoquitur, quàm cæteræ aquæ.* Hæc Strabo. Hæc ergo est vbertas, hæc fertilitas adaucta, cùm Nilus aliis relictis agris, alios cooperit & inundat, his relinquens nutrimentum, illis adimens; quod in alluuione fieri non potest, ideò Homerus cælestem amnem vocauit Nilum; cùm verò aliis vbertatem præstet, adimat aliis, vtrumque prouinciam præstare ait Plinius *lib.5. naturalis Historiæ, capite nono. Minores*, inquit, *aquæ non omnia rigant, ampliores detinent tardiùs recedendo: hæc serendi tempore absumunt solo madente, illæ non dant sitiente, vtrumque reputat Prouincia.* Hæc Plinius & hæc est reputatio, de qua *in dict.l.2.* propter ademptam fertilitatem,& amissam, vt ij qui lugent patrimonium ademptum, pensione liberentur, quam pendant fertiliores agri, facta reputatione, ex Plinio.

47 De mineris seu mineralibus, salinis, arenis, metallis, auri, argenti, cretæve fodinis, de quibus *l. sed & ij, ff.de publicanis & vectigalibus, l.3.§.fin.* & *l.sequenti, ff.de rebus eorum*, illa traditio est, vt si rebus superueniant, rebus acquirantur, & earum rationem sequantur, quantum ad proprietatem: quod verò attinet ad perceptionem commoditatis, an ad emphyteutam, vassallum, maritum, possessoremve maioratus pertineat, difficilis assertio est; illa tamen verior, vt si mineræ, aut mineralia (semper intelligimus de ea parte, quæ fundi domino competit, non de ea, quæ ad Principem pertinet) argenti, cretæ, arenæ, aurive fodinæ antiquæ sunt, ex quibus aurum, argentum, creta, lapidesve excisi, vel effossi sint tempore maiorum, quando prædium in dotem, feudum, vel emphyteusim datum est, poterit vassallus, emphyteuta, fructuarius, Prælatus, & possessor maioratus vti mineris & fodinis istis ad eum vsum & commoditatem, quam à principio agnouere, quæque maioribus fuerit, qui tradiderint, *l.si fundus, ff.solut.matrim.* quæ licèt loquatur in marito, ex eadem ratione recipiendum est in aliis.

Alter casus est, vt etiamsi lapidicinæ, salinæ, mineræ, metalla, cretæ, arenæ, auri, argentive fodinæ non sint antiquæ, sed de nouo repertæ, si id quod percipitur, renascatur, planè ad fructuarium pertinet, vassallum, emphyteutam, maritum, Prælatum, possessorem maioratus, & fructuum conductorem, quia is fructus est, qui renasci solet, *l.fin.ff.de fundo dotali*; vbi si renascatur lapis, expensa debetur marito, quia meliorem efficit prædium inuentá lapidiciná, quæ renascitur, quasi perpetua vtilitate, aut saltem diutiùs duraturá: ita enim Papyrius Fabianus naturæ rerum peritissimus ait inter plurima alia miracula Italiæ ipsa marmora in lapidicinis crescere, complerique sponte sua montium vlcera illa, id est, montium cauernas; & speluncas,

vnde marmora effodiuntur, renascentibus humanæ vitæ deliciis, refert Plinius *lib. naturalis Historiæ 36. cap. 15. ad finem.* Qui igitur inuenerit lapidicinas, aut instituerit huiusmodi fodinas, eo ipso quod renascantur, meliorem facit fundum, quasi instituta re fructuosa, ac impensas in eam rem factas meliore facto fundo recuperat, *l. æquissimum, ff. de vsufruct, iuncta dict. l. finali,* adest egregia lex 27. *tit. 2. part.* 4. quæ iuris decisio habet locum in vassallo, emphyteuta, fructuario, marito, Prælato, Sacerdote, maioratus possessore, & locatore fructuum, de quo nonnulla capite sequenti agemus, quæ opportunè ad hanc conclusionem pertinebunt; quæ autem hic à nobis dicta sunt, ibi non repetuntur ampliùs.

Tertius casus, si talis sit lapidicina, fodina aut minera, vt ex ea effossum metallum, aurum, argentumve, & quicquid aliud sit, non renascatur; tunc quidem in emphyteuta, vassallo, marito, Prælato, Episcopo, Rectore, & possessore maioratus, & in aliis id genus possessoribus, qui dominium obtinent, ad quos non solùm fructus, verùm prouentiones & emolumenta, commodaque pertinent, dicendum est, marmora illa effossa, & reliqua metalla, etiam non renascentia, ad eos pertinere, qui tamen expensas de suo facient; & si fundum fecerint peiorem, de damno tenebuntur: quod abundè nobis dictum est suprà in marito, fructuario & aliis, cùm damnum faciunt: isthuc satis comprobatur ex eo, quia cùm sint domini, omnia habent; non solùm fructus quicunque ex re percipiuntur, siue fructus renascentes sint, siue commoda, & emolumenta; ideò hoc generaliter à nobis propositum est. Quoniam verò in fructuario, & marito difficile isthuc videri poterat, de istis quoque subiungemus rationes & iura.

In fructuario igitur, ni fallimur, recipiendam esse tertiam conclusionem existimamus, vt non solùm renascentes fodinas iure fructûs obtineat, quod sine dubitatione est; sed & metalla, & arenas, aurum & argentum, & reliqua commoda, licèt non renascantur; quod mihi decisum iure est *in l. item si fundi, 10. ff. de vsufructu, l. vsufructu legato, 7. ff. eodem, l. vsufructu relicto, 59. ff. eod.* vbi non solùm fructus renascentes ad fructuarium pertinent, verùm commoditates, & quicquid ex fundo fructuario percipi potest; ita tamen vt boni viri arbitratu fruatur, id est, vt meliorem faciat fundum; Iulianus enim *in l. æquissimum, ff. eod.* censet illum fructuarium verè & ciuiliter frui, & vti arbitratu boni viri, qui meliorem fecerit fundum, vtcumque fruatur, vnde *ex dict. l. item si fundi, & l. vsufructu relicto, & l. vsufructu legato, iuncta dict. l. æquissimum,* fructuarius facit suos lapides, arenam, cretam, aurum & argentum, etiamsi non renascantur, si vtatur boni viri arbitratu; quod interpretamur *ex dict. l. æquissimum,* id est, si fundus melior fiat, quantumvis lapides excauet, quantumvis formam fundi mutet, si fundo prosit mutatio illa. Quod si deteriorem fecerit, tunc de damno tenetur, & excauata, educta, & effossa restituit, ex dictis legibus. Ita sentit Paulus de Castro breuiter *l. diuortio, §. si vir, ff. solut. matrimon. num.* 3. Omnia enim hæc sua facit fructuarius meliore fundo effecto.

In marito constituendum est, vt effossa, & educta ex fodinis, cretam, 48
arenam, lapides, aurum, argentum nil refert, etiamsi non renascantur, sua

faciat, meliore prædio facto. Probat apertè lex *diuortio*, §. *Si vir*, in prior. parte; nec in hoc casu expensa debebitur, quia cùm non renascatur, non debetur momentaneæ meliorationis expensa, quod & *in l.fin.ff.de fundo dotali*, constitutum fuerat. *Si vir* (inquit Papinianus) *in fundo mulieris dotali lapidicinas marmoreas inuenerit, & fundum fructuosiorem fecerit, marmor quod cæsum est, neque exportatum, mariti est.* Hactenus Papinianus: poterat intelligi de fodinis & lapidicinis renascentibus, & verba illa, *& fundum fructuosiorem fecerit*, poterant intelligi, scilicet inuentis lapidicinis renascentibus; sed quæ sequuntur verba non patiuntur hunc sensum, scilicet de renascentibus lapidicinis, subdit enim Papinianus, *& impensa non est ea præstanda*; mox addit rationem quare non sit præstanda expensa, quia scilicet marmor non est in fructu, nisi tale sit vt renascatur: ait ergo apertè, non esse marito soluendam expensam, quia effodit lapides non renascentes; & ita ait apertè, marmora illa non esse fructus, neque contineri nomine fructus, vt iure fructus quærantur marito, sicuti neque quærerentur fructuario nomine fructus; benè tamen nomine prouentionis & perceptionis, meliore facto fundo, aut prædio: marmora ergo illa, licèt nec fructus sunt, nec nomine fructus contineantur, quæsita sunt marito, quia cùm fructuosiorem fecerit prædium, emolumenta illa sua facit, quod diximus de fructuario; vnde quod ait Pomponius *in l.si ex lapidicinis, ff.de iure dotium*, intelligendum est iuxta hæc ipsa Iureconsultorum responsa, de quibus hactenus; neque referendum est ad lapides ibi renascentes, neque fundum factum fructuosiorem, quod patet ex litera, ibi enim nulla horum mentio est. Si enim renascerentur lapides, proculdubio ad maritum pertinerent iure fructus dotalis, ac si meliorem fecisset fundum; cùm autem doti accrescant, ibi planè confitendum est, habere illum sensum, & ita esse intelligenda verba dictæ legis *si ex lapidicinis*, vt neque fructuosa fuerit lapidicina, neque à marito effossa in vtilitatem prædij, nisi dicas lapides ibi effossos, sed adhuc apud lapidicinam datos in dotem, sicuti arbores & superficies: quo casu prædium, lapis, & arbores dos sunt, & pretium item ex his redactum: ita ferè intelligit Paulus de Castro *in dict. l. diuortio*, §. *si vir*: recepa autem sententia aliter intelligebat, quam refutat Duarenus ibi, & post eum Ludouicus Molina *de Hispan.primog. lib.1. cap.23. n.8.* quem vide, diuidunt enim dictum §. *si vir*, in duas partes; priorem vsque ad versiculum, *quia nec in fructu est marmor*; posterior incipit, *sed si cretæ fodinæ.* In priori parte intellige lapidicinam non fructuosam, fundum tamen factum fructuosiorem, ideò lapides cæsos, neque exportatos, mariti esse, non tanquam fructus, sed iure obuentionis & emolumenti, sicuti tribulos euulsos, & spinas eductas ex agro suas facit & comburit, vt meliorem faciat agrum. Patet hic sensus ex eo quod sequitur; ait enim non deberi marito impensam, quia scilicet non fecit fundum fructuosiorem perpetuo & duraturo fructu, sed momentaneo; neque enim lapis est in fructu, nisi renascatur. In posteriori parte agit de mineris & lapidicinis, & fodinis perpetuis, in quibus longè aliud dicendum sit, lapides prodesse viro iure fructûs, & expensam deberi meliorationis duraturæ: facit dicta lex finalis, & dicta lex *si ex lapidicinis*, dicta lex *æquissimum*, dicta lex *vsufructu legato*, & dicta lex *vsufructu relicto*; quæ

quæ omnia patent ex hoc sensu apertè & dilucidè, aliàs obscura & difficillima sunt. Bartolus tamen, Alexander, & Iason aliter diuidunt dictum §. *si vir*, ibi, sed perperam si rectè & cum iudicio expendas. Gregorius Lopez sequitur communem sensum cum Bartolo & Alexand. idque *in l.27. tit.2. part.4.* cuius legis sunt tres partes, prior de arboribus, secunda de lapidicinis & lapidibus non renascentibus, tertia de lapidibus renascentibus. Prima & tertia patent, secunda verò pars intelligenda est vt iacet, & quadrat cum dicta lege *si ex lapidicinis*; interpretatio tamen est *ex dict. l. æquissimum*, & *ex dict. l. vsufructu*, & *ex dict.§. si vir*, vt si fundus factus sit melior, quia euulsum sit marmor, & effossi lapides, qui cultum impediebant, maritus instar fructuarij, in quo strictior ratio est extensionis à fructu ad commoda, & emolumenta, hos quoque lapides suos faciat; neque enim hic casus, quando effectus est melior fundus, decisus est per dictam legem 27. vnde decisio in hac specie expectanda est ex his iuribus. Ita interpretatur, & ingeniosè, & verè Ludouicus Molina vbi supra, *dict. l.27.* Gregorius, vt assolet, traditâ receptâ sententiâ, literam omisit: aliam quæstionem addit Gregorius Lopez *in gloss. verbo, Despues*, de qua sequenti capite acturi sumus cum Domino Francisco Sarmiento, qui nouè quæstionem monet in redditibus annuis: Zazius optimè explicat dictum §. *si vir*, iuxta nostrum sensum, *singul. intellect. lib.2. cap.3.*

De thesauro autem breuiter dicendum est, si in fundo dotali reperiatur, pertinere dimidium marito, dimidium vxori, cuius prædium est, solutoque matrimonio esse restituendum, quia thesaurus separata res est à prædio, & per se consistere potest, vnde non est locus regulæ, de qua suprà egimus, neque thesaurus propriè ad augmentum pertinet; ideò breuiter expediam in marito & vxore, vt *in l. diuortio*, §. *si fundum*, *ff. solut. matrimon.* In maioratu contrarium resoluit Molina, & benè, quia non est respectu maioratuum adhærendum regulæ dicti §. *si fundum*, quia possessor maioratus verè dominus est, vt diximus suprà, & latè resoluit idem Molina *lib. 1. cap.19.* Cùm igitur sit dominus, & thesaurus sit res distincta à bonis maioratus, omnique ratione separata, planum est pertinere ad possessorem pleno iure: vide Molinam *dict. loc. capit.23. num.1. versiculo. Sed quamuis.* 49 50

In fructuario omnes planè aiunt thesaurum repertum in prædio fructuario non pertinere ad fructuarium, *ex dict. l. diuortio*, §. *si fundum*; quia non est thesaurus in fructu; ita resoluunt plures, inter quos Carolus Molineus *in consuetudinibus Parisiensibus, part. 1. tit. 1. gloss. 1. num.43.* Aluarus Vazquez *quæst.15. iuris emphyt.* Molina *vbi suprà*: quod quidem verissimum est, si fructuarius iure vsusfructus velit sibi thesaurum; nam si iure repertoris fortuiti, sicuti alius extraneus, fortè aut fortuna, dum agrum fructuarium colit, thesaurum reperiat, non video cur dimidia sibi sit deneganda thesauri reperti, quæ extraneo repertori negari non posset, *ex §. thesauros, Institut. de rerum diuisione*, & *l. vna, Cod. de thesauris, lib.11. l.45. tit. 28. part.3.* planè fructuarius iura extranei repertoris non amisit; vnde si consultò perquireret thesaurum in agro fructuario, & reperiret, quia ager fructuarij non est, planè nihil haberet, *ex dict. l. vna, dict. §. thesauros, dict. l.45.* est enim iure constitutum, vt qui in alieno agro thesaurum consultò inquirit, inuenti thesauri nullam 51

partem habeat, ex dictis legibus. Tradunt Couarr. *in regul. peccatum, part.* 3. *§. vltimo*, Antonius Gomez *in l.* 45. *Tauri, num.* 51. Auendanus *de exequendis mandat. Reg. Hispan. prima part. cap.* 4. *num.* 33. Nauarrus *in Manuali, cap.* 17. *num.* 172. ideò fortuiti thesauri vsufructuarius iure repertoris dimidium habebit; consultò quæsiti non item, neque enim donum Dei denegandum fructuario est: ita vocat & appellat thesaurum dicta lex *vna*, neque contrarium vult Carolus Molineus; agit enim de thesauro reperto fortè aut fortuna in agro fructuario ab aliquo extraneo: deinde quærit cùm dimidia pars reperti thesauri ad repertorem fortuitum pertineat, altera pars an ad fructuarium, an verò ad dominum pertinere debeat; & ait addicendam domino, non verò fructuario, quia *ex dict. §. si fundus*, thesaurus non sit fructus, & meritò; at verò de fructuario repertore fortuito nec verbum.

In Episcopo, Prælato, & Rectore idem quod in fructuario constituendum est; neque enim sunt domini, sed dominium rerum Ecclesiasticarum secundum verissimam opinionem est penes ipsas Ecclesias particulares iuris intellectu; vna enim Ecclesia præscribit contra aliam, donat, vendit, locat, dat in emphyteusim, & feudum, *cap. illud, de præscriptionibus.* Ioannes Faber *in §. nullius, Institutis de rerum diuisione*, licèt de hoc sint aliæ opiniones, aliis facientibus dominum Summum Pontificem, aliis Christum optimum maximum, aliis Ecclesiam Catholicam, aliis pauperes Christi: sed tamen verissimum est quoad iuris effectus particulares Ecclesias suas res habere iure dominij, Episcopi autem, Prælati, & Rectores vsufructuariis verè similes sunt, & fructus suos faciunt; quod quidem fatendum est, non tamen simpliciter, sed cum qualitatibus à iure expressis, vt vtantur quo iure canones vtendum constituunt, vt in morte duntaxat in pios vsus disponant, *capit. ad hæc, de testamentis*, ibi, *de distributionibus quotidianis liberè viuens & moriens disponat*: *cap. vno, de cler. non residente, lib.* 6. item de illis redditibus qui sibi sunt necessarij ad vitam, si aliunde viuat ex stipendio publico propter officium, *cap. ecclesias* 13. *quæst.* 1. *cap. fin.* 12. *quæst.* 2. *capit. videntes, eadem causa & quæstione*; & si qui sunt alij casus in iure, quibus possint disponere, aliàs non: hoc modo facimus dominum Sacerdotem & Episcopum fructuum: scio esse rem disputatam à præclarissimis ingeniis, Pelagio *de planctu Ecclesiæ lib.* 2. *cap.* 28. Domino de Soto *de iustitia & iure lib.* 10. *quæst.* 4. *art.* 3. Domin. Francisc. Sarmiento *de redditibus ecclesiasticis lib.* 3. *cap.* 1. omissis autem longis disputationibus ita resoluit doctissimus Couarruuias *in capit. cùm in officiis, de testamentis, num.* 1. 2. & 3. Cùm igitur isti Prælati, Episcopi, & Sacerdotes domini verè non sint, sed fructuarij, thesaurum habebunt repertum in bonis Ecclesiæ sicuti vsufructuarij iure fortuiti repertoris, non aliàs. Denique in omnibus & per omnia similes sunt fructuariis quoad iuris effectus, maximè quantum pertinet ad acquisitionem thesauri.

52 In vassallo & emphyteuta recepta sententia est, totum thesaurum pertinere ad vassallum & emphyteutam, quam probat Aluarus Vazquez *dict. quæst.* 15. & ex eisdem Ludouicus Molina *dict. lib.* 1. *cap.* 13. *num.* 7. verior tamen sententia est contra Accursium *in dicto §. thesauros*, Plateam. Angel. Fabrum, Porcium, Iasonem, Claudium, Ioannem de Farrara, Iserniam, Aluarotum, Rebuffum

bussum, & Guillelmum Benedictum, authores prædictæ opinionis, quos referunt Molina & Aluarus Vazquez *vbi suprà*. Itaque verior hæc sententia diuidit inter dominum, emphyteutam, aut vassallum, quam probat Aluarus Vazquez *vbi suprà*, qui *num*.4. agit de thesauro inuento magicis artibus, & 53
incantaminibus: ipsum vide, ex quo, & *dict. l*.45. *tit*.28. *partit*.3. corrige id quod in hac specie tradit Alciatus *Parergon lib*.7. *cap*.1. ait enim, legem quæ thesaurum repertum mala arte, hoc est, incantaminibus, fisco tribuit, de eo repertore esse intelligendam, qui in suis locis hac arte inquirit, non de eo qui in alieno quærit hac arte: ego non video bonam differentiæ rationem inter vtrumque, cùm indistinctè inquisitio per malam artem prohibita sit, & in odium eius acquisitum, fisco est applicatum: quid igitur prodesse potest, quod in alieno agro magicis artibus thesaurum quæsieris, deinde agrum emeris, quominus fisco acquiratur, quod hac via inueneris; iura enim odium magicæ incantationis puniunt, quouis loco ea fit: quod si in proprio agro non licet vti malis artibus, cur licebit in alieno? Denique dicta lex *vna*, & dicta 54
lex 54. prohibuerunt magicas inuentiones, nec pœnalis illa dispositio restringenda est ad eum casum, vbi quis in suo inquirit, quæsitoque thesauro quantumcunque emat prædium, in quo thesaurus sit; sed est extendenda ad eam speciem, scilicet si in alieno inquiras, etiamsi agrum emas, vel non emas; hæc enim non est extensio, sed comprehensio, *l. illud. ff. ad leg. Aquil*. & quæ ibi scriptores, *l. vltima*, iuncta glossa, *C. de reuocand. donationibus*. Faciunt quæ adducit Aluarus Vazq. in alio proposito, *d. n*.4. contra Nauarrum, quia quæsita his artibus, sunt contra iura diuina & humana quæsita, *c. illud* 26. *q*.2. Meritò igitur displicebit opinio Alciati. Alias quæstiones vide apud hos scriptores, quos retuli; pauca enim de thesauro adducere libuit, ea scilicet, sine quibus nostrum augmentum diminutum videri poterat; ideò & leges de thesauro scriptas addere libet. Aliam de thesauro legem vide apud Ælium Spartianum *in vita Adriani Cæsaris*, *folio* mihi 27. ab ipso Adriano Augusto latam: alteram tulit Theodosius *lib*.10. *tit*.10. *C. de thesauris*, vbi non dimidia, sed quarta pars domino concedebatur; in eo tamen illa lex Theodosiana vtilis esse potest, quod de monili- 55
bus repositis, idem quod de pecunia constituit, & in his quoque thesauri nomen, & leges censet recipiendas, si fortè non pecunia antiqua, sed monilia, inaures, viriolæ, armillæ, aliaque & virorum & fœminarum ornamenta recondita reperiantur, de quibus est lex *si tibi*, §.1. *ff. de optione legata*, *l. argumentum*, §. *ornamenta*, *ff. de auro & argento legato*, *l. quid tamen*, *Cod. de contrah. emptione*. Variis temporibus variè fuit de thesauris constitutum, vnde correctione 56
potiùs concilianda est antinomia, sic vocat Alciatus *dict. cap*.1. *lib*.7. quàm aliâ explicatione, quæ reperitur *in dict*. §. *thesauros*, & *in l*.3. §. *penultimo*, *ff. de iure fisci*, de thesauro reperto in loco religioso; non enim difficilis est inductio correctionis in ea re, quæ sæpè variè est constituta, neque sine ratione inducitur inter leges diversis temporibus latas, præsertim in hoc de thesauro tractatu, in quo tam variè.

Postremò, quæ de thesauro leges scriptæ sunt, omnes interpretandæ sunt de pecunia antiqua, non quæ nostris temporibus excussa est. Si enim domum vendideris, emptórque pecuniam argenteam, aut auream inuenerit, eius formæ

mæ quæ hodie cuditur, planè repertor, idémque emptor non iuuabitur legibus quæ de thesauro scriptæ sunt; in illis pecuniam antiquam exigimus, qualis hisce diebus reperta est in vinea in hoc regno, duodecim erant mille denarij argentei Romani, ita signis aut insignibus, & literis conspicui & clari, ac si hodie excussi essent; in recenti autem pecunia recenter excussa non est locus dicto §. *thesauros*, neque dictæ legi vnicæ, neque dictæ legi 45. Angelus, & Platea, & reliqui, *vbi suprà*, Alciatus *dicto capitulo primo*, Aluarus Vazquez *vbi suprà, ad finem*: egregia declaratio *ad l. à tutore, 67. ff. de rei vendic.* vt isthæc recens pecunia nihil pertineat ad thesaurum.

CAPVT XXIII.

De computatione expensarum & meliorationum cum fructibus.

Notabilia ex capite vigesimotertio.

1 *Fructus propriè quis dicatur, ex Iureconsultorum responsis.*
2 *Papinianus totius Iurisprudentiæ parens.*
3 *Commoda, obuentiones, emolumenta non differunt à fructibus.*
4 *Pœnæ fiscales nomine fructuum veniunt.*
5 *Annui redditus pecuniarij, aut frumentarij dati in dotem, an sint fructus, an restituendi soluto matrimonio.*
6 *Explicatur lex* diuortio, §. si vir, ff. soluto matrimonio.
7 *Agitur de diuisione fructuum, qui naturales, qui ciuiles, qui industriales sint.*
8 *Qui sint fructus naturales, relinquitur iudicis arbitrio.*
9 *Bona fides nomen variè in iure accipit.*
10 *Contractus bonæ fidei, qui, quales, quare hoc nomine dicti.*
11 *Bona fides quoad acquisitionem fructuum quid sit.*
12 *Quod hæc bona fides consistat in facto, non in iure.*
13 *Contestatio litis, & denunciatio fictè malam fidem inducunt & præsumptè.*
14 *Et quatenus inducant hanc malam fidem.*
15 *Diluitur Antinomia* ex l. qui scit, ff. de vsuris, *&* l. qui bona fide, ff. de acquirend. rer. domin.
16 *Antinomiæ vera ratio traditur, & referuntur duo.*
17 *Quando dicatur res euicta, aut fundus euictus.*
18 *Euictionem passus quando possit agere aduersus venditorem.*
19 *Verba sæpe ex subiecta materia trahuntur à propria significatione ad impropriam.*
20 *Bonæ fidei possessor naturales fructus non facit suos.*
21 *Reprehenditur generalis constitutio Pinelli, & Francisci Connani, & reducitur ad ius.*

22 *Lex*

22 *Lex* fructus, ff. de vsuris, *& lex* fructibus, ff. de donationib. inter virum, & vxorem, *explicantur.*

23 *Defenditur Ioan. Lupus de Palac.Rub.contra Pinellum.*

24 *Qui habet titulum reprobatum à iure, potest habere bonam fidem, etiamsi erret in iure, contra Pinellum.*

25 *Argumentum ad inconueniens fragilissimum est.*

26 *Error iuris quod possit probari*, & num.27. *quod error & ignorantia iuris faciliùs præsumatur quàm scientia.*

28 *Solemnitas iuris qualis præsumatur esse nota, qualis ignota.*

29 *Iuris error aliquando probatur iuramento eius qui errauit.*

30 *Iuris obscuri error nihil nocet in acquisitione fructuum.*

31 *Vsucapio tota à iure dependet*, & num.32. *vbi titulus requiritur, non sufficit sola bona fides.*

33 *Explicatur lex* si vxori, ff.de vsucap.pro donato.

34 *An sit concedenda restitutio Doctori minori, qui dicit se in iure circumuentum.*

35 *Conciliatur lex* fructus, ff.de vsuris, *& lex* bonæ fidei, ff.de acq.rer. dominio.

36 *Discrimen inter possessorem bonæ fidei cum titulo, & sine titulo.*

37 *Reperiri possessorem bonæ fidei sine titulo.*

38 *Adducitur ius Hispanum, & explicatur lex* 39. tit.28.part.3.

39 *Possessor bonæ fidei fructus industriales facit suos.*

40 *An idem possessor bonæ fidei restituat hos fructus factus locupletior.*

41 *Quod iure nostro Hispano explicatur*, l.39. tit.28. part. 3. *&* l.4. titul.14. part.6.

42 *Malæ fidei possessor restituit fructus industriales.*

43 *Quomodo teneatur de percipiendis fructibus.*

44 *Explicatur lex* 40. titul.28.part.3. *contra Molineum, qui in eadem specie contrarium scripsit.*

45 *Explicatur lex* certum, Cod. de rei vend. *& lex* si fundum, Cod. eodem.

46 *Fructus, qui percipi potuerunt, qui verè sint.*

47 *Verbum* causa *in hac re quid significet, explicatur* l.in conuentionalibus, §.final.ff.de verborum.

48 *De mortalitate quatenus teneatur malæ fidei possessor.*

49 *Malæ fidei possessor nunquam restiuit fructus, qui potuerunt percipi ex augmento ab eo facto.*

50 *Fructus percipiendi, an intelligantur respectu possessoris, an verò actoris*, & num.51.*an quo casu à malæ fidei possessori non acquiruntur, vsucapi possint.*

52 *Meliorationes iure proprio pertinent ad meliorantem*, & num.53.*fructus qui percipiuntur iure dominij non computantur.*

54 *An fructus meliorationum veniant in condemnatione facta rei cum fructibus.*

55 *Adducitur ratio computationis*, & num.56. *quod fructus meliorationum non computentur, sed rei secundùm antiquum statum.*

57 *Emphyteuta, vassallus, fructuarius, libellarius, superficiarius, conductor, possessor maioratus quantùm compenset fructus*, & num.56. *limitatur id vtiliter.*

58 *Ponuntur alia compensationum genera, quæ omittuntur, quia ad meliorationes non pertinent.*

Erè vltimus labor hic de fructibus cum meliorationibus reputatio, proprio suo iure sibi eam postulat cognitionem, qui propriè fructus sint, quos fructus bonæ, vel malæ fidei possessor suos faciat, vt in his fiat hæc quæ scripta est computatio; quæ huius computationis ratio fuerit, qui effectus, qui fructus in hac computatione contineantur, an etiam quos possessor ex meliorationibus suis percepit, quid in emphyteuta, vassallo, fructuario, conductore, & aliis; nam in maioratus possessore rarò in Hispania hæc disputabitur quæstio, propter id quod sæpius nobis constitutum est *ex l.46. Tauri*; apud exteros tamen eadem in maioriæ possessore, quæ in aliis, extat iuris ratio. Hæc est huius capitis materia, in hac disputatione versamur: fructus autem nomine Bartolus *in l.diuortio, §.si vir, ff.solut. matrimonio*, id duntaxat intelligit, quod à terra percipitur, ac id quidem si renascatur. Est textus ibi, *quia nec in fructu est lapis, nisi talis sit, qui renascatur*: *l.si fundus, ff.eodem*, vbi lapides renascentes mariti fiunt, quia
1 propriè fructus dici merentur, qui ad virum omnino pertinent, *l.fructus, ff.de vsuris*, vbi cùm de fructibus agat Iureconsultus, segetes, poma, herbas, aliaque exempla addit, eorum scilicet quæ repetita sæpè, certa & perpetua vice nascuntur: opinio Bartoli recepta est, vt diximus *capite proximo, num.*48. vbi egimus de intellectu dicti *§.si vir*, ex Zazio, Duareno, & Molina, contra reliquos. Ita dicebat Bartolus esse intelligendum, si ex etymo nominis sit agendum, & stricta vocis latinæ significatione: vnde illud putabat verissimum, vt si quis bonorum suorum relinquat cuipiam vsumfructum, non videatur reliquisse quod ex translatione authentici instrumenti (vocat ille exemplationem protocollorum) perceptum sit, quia propriè non est fructus. Idem tenet Angelus *in rubrica de vsuris*, quoniam semel traducuntur, & semel in exemplaria referuntur, quod contra rationem fructus est, qui iteratis vicibus renasci soleat è terra. Boërius quoque relatis aliis, *decisione* 224. *num.*7. *&* 10. eum qui fructus conduxerit, non habiturum ait spolia emorientium (vulgò *Luctuosas*) quia cùm non renascantur, neque suboriantur iterata vice, meritò fructus nomine non continentur, neque in fructuum conductione venire intelliguntur; itaque duo requirunt, vt veram fructus rationem assequantur: alterum vt à terra fructus isti percipiantur, alterum verò vt rediuiua, & iterata isthæc perceptio reperiatur; vtrumque in pomis, herbis, vuis & segete obseruamus: sed Iureconsulti non tam strictam disputandi rationem sunt secuti, neque tam assiduam natiuitatem, neque tam exactam iterationem requirunt, cùm sibi de fructibus inest disputatio: nam primùm Caius *in l.in pecudum, ff.de vsuris*, pecudum fœtus in fructu esse ait, ac non solùm lanam, lac, & pilos, in quibus iterati ortus poterat similitudo quædam reperiri, sed hœdos, & agnos in fructu esse ait, idque verissimè, licèt & hi neque ex terra percipiantur, neque

neque suboriantur sæpe: partus ancillæ in fructu esse negat, quod & ante Caium disputarant antiquiores. Celsus quoque ad fructuarium (vbi stricta fructûs acceptio obseruanda erat) pertinere ait incrementum alluuionis non apparentis, quod quidem neque suboritur, aut renascitur, neque ex terra percipitur, *in l.item si fundi, ff.de vsufructu*; & nomine fructus intelligit quicquid in fundo nascitur, & simul quicquid inde percipi potest; quæ duo verba non fuerunt sibi otiosè cumulata. Pomponius quoque numismatum veterum vsumfructum constituit *in l.numismatum, ff.eod.* 35. quin quod Tryphonius aprum, aut ceruum, quem venando fructuarius cœperit, iure vsusfructus ad ipsum pertinere ait, *in l.vsufructuarium venari, 69.ff. eod.* Papinianus item splendidissimus Vlpiani, Iulij, Pauli, Claudij, Pomponij, Alpheni, Aphricani, Florentini, Marciani, Callistrati, & Modestini magister, fereque totius Iurisprudentiæ parens, si Ælio Lampridio credimus in vita Alexandri Seueri,ad finem, hic talis tantusque vir pensiones vrbanorum prædiorum similes omnino fecit fructibus rusticorum, *in l.diuortio, §.non solùm, ff.soluto matrimonio:* idem antea fecerat Scæuola antiquior Iureconsultus, quo familiariter vsus est M. Antonius, cognomento Philosophus: refert Iulius Capitolinus *in ipsius vita, l.defuncta, ff.de vsufructu.* Iam verò Vlpianus hanc ipsam fructus appellationem ferè ad vsuras extendit, *l.de fructibus, 18. ff. de donat.inter virum & vxorem.* Rursum Papinianus *in l.si nauis, 62. ff. de rei vendicatione*, vecturam nauis fructum nauis esse ait; quoniam,inquit,etsi maximè vectura, sicut vsura, non naturâ prouenit, sed iure percipitur; tamen ideo vectura desiderari poterit, quoniam periculum nauis possessor petitori præstare non debet. Paulus quoque omnia hæc semel nomine fructuum contineri ait *in l.apud Iulianum, §.fructus, ff. de legatis 1.* cùm enim de fructibus constituisset, subdit, *& idem in operis seruorum, vel vecturis iumentorum, vel naualis nauium dicendum est*; *quod in fructibus dicitur, hoc & in pensionibus vrbanorum ædificiorum intelligendum erit*; atque mox subiunxit de vsuris, *denique veteres Iureconsulti nomen hoc fructus latissimè sunt interpretati ciuili modo, iuxta qualitatem rei de qua egissent*; idque sentiebat Duarenus *in dict.§.si vir*; & est recipiendum cum præclarissimis viris, neglectis istis nouiorum (Bartolum & alios intelligo) documentis; multa autem eorum quæ Iureconsulti nomine fructus contineri censuerunt, interpretes commoda, obuentiones, emolumenta, & prouentus vocarunt, distinguentes hæc à fructibus, glossa *in cap.grandi, verbo redditibus, de supplenda negligentia Prælatorum:* vide latissime Boërium *decisione* 214. quem temperat ex his Iureconsultorum responsis, sicque habeto, verbum fructus, verbum ciuile esse, ciuiliter interpretandum, vt iuxta rei, de qua agitur, non strictam significationem, sed amplam, omnem videatur vtilitatem continere. Vnde omnia illa continet, & præterea pœnas fiscales, Carolus Molineus *in consuetud. Parisiensib. tit.1.§.1.glos.1.num.51.part.1.* quibus nihil potest longiùs ab iterata natiuitate abesse. Quod si Iureconsulti aliquando veram rationem fructus in hac natiuitate inquirunt, vt *in dict. §.si vir*, & *in l.fin. ff.de fundo dotali*, & *in l.si ex lapidicinis, ff. de iure dotium*, illud quidem propter expensas inquisitum est, quod optimè aduertit Zazius *singular.intellect. lib.2.cap.3.* dum explicat dictum *§.si vir.* Illud sæpe admonitos lectores

Ooo 2 esse

2 3 4

esse volumus, faciliorem semper fore Iureconsultorum lectionem, si quid principaliter tractent, & inquirant, intellexerimus: neque enim temerè quod Iureconsultus ad vnam iuris partem eleganter adduxit, ad aliam statim per vim & iniuriam trahendum est, conciliatis inimicè, aut confusè ac turpiter pluribus iuris institutis: proderit illa quoque inuestigatio in illa quotidiana & in foro assidua quæstione, an isti fructus, & ea quæ diximus fructus nomine contineri, dati in dotem, ad maritum modis omnibus pertineant, an verò soluto matrimonio, veluti certa quantitas in dotem data, & in annos plures distributa, restituenda sit vxori, & eius hæredibus: idem in annuis redditibus disputari solet. Pone sacerdotem, in his enim quotidiana est quæstio, cùm consanguinea in dotem viro dedisset fructus sacerdotij annuos, bimos,
5 trimos, aut in decennium, vt cum ea omnia quæ perceperit vir toto illo tempore, quæ fructûs nomine contineri diximus, soluto matrimonio sint restituenda, an verò veri frctus obtineant rationem, vt omnino viro acquisita videantur? In qua quæstione recurrendum est *ad l. vxori, ff. de vsufruct. legato,* vbi vsusfructus ad quinquennium relictus durat vsque ad quinquennium, etiamsi vsufructuaria vxor antè decesserit; quia cùm fructus annuus relictus est ad certum tempus, videtur certa quantitas in illos omnes annos distributa legato, ideo ibi non attendimus mortem fructuariæ, contra dispositionem
6 *§. finitur, Institutis de vsufructu.* Argumentum autem, quod desumitur *ex l. diuortio, §. si vir, ff. soluto matrimonio*, fragile est, quia ibi lapis, etiamsi non renascatur, ad maritum pertinet, ex his quæ diximus *capite proximo, num.* 48. Neque enim ibi inuenti lapides dati erant in dotem, sed fundus, in quo vir inuenit lapides, sed non renascentes; ideò autem fecit suos, quia fecit meliorem fundum eiectis istis lapidibus, qui cultum impediebant; impensa autem non debetur, quia vir satis suæ meliorationis vtilitatem recepit, ipsos nempe lapides eductos, & qui relinquitur fundus *in d. §. si vir*, nouâ semper culturâ & operâ indiget: de quo diximus *dict. num.* 48. *capite proximo*; ideò nihil pertinet ad nostram quæstionem. Qua ratione neque quicquam facit lex *si ex lapidicinis, ff. de iure dotium*, de qua ibi quoque diximus, obseruata ratione dicti §. *si vir.* Itaque sicuti citra vllam difficultatem est illud, scilicet vt si annui redditus perpetuò duraturi, in dotem dati sint, annui redditus, qui constante matrimonio percepti sint, ad virum pertineant, neque sint restituendi, sed solùm soluto matrimonio ceditur ius illud in posterum percipiendi redditus annuos; quod obtinet etiamsi ad vitam alterius annui hi redditus sint duraturi, nihilque amplius, *l. cùm in fundo, ff. soluto matrimonio,* vbi vsusfructus perceptus est; & solùm restitutio fit, soluto matrimonio, iuris percipiendi fructus: quin & illud ibi obseruandum est, nihil contribuere in funus vxoris virum, qui fructus percepit constante matrimonio; quia cùm ius percipiendi fructus restituat, etiamsi annuos fructus perceperit constante matrimonio, nihil ad se pertinere ex substantia vxoris intelligimus: contrarium fuisset asserendum, si quippiam vir assequeretur ex substantia vxoris; nam pro ea parte ad funus quoque teneretur. Diximus suprà *capit.* 8. *num.* 42. *&* 43. *& sequentib.* textus *in l. vsufructu in dotem dato, ff. soluto matrimonio.* Ita quoque citra vllam difficultatem est, vt si ad tempus certum hi fructus, aut annui

redditus

redditus constituantur, ita censeantur constituti, qualis certa quantitas constituta appareat, vt hæc omnino restituatur, *d. l. vxori* 35. *ff. de vsufructu legato*, *l. vxori* 37. *ff. eod.* vbi relicto vsufructu omnium bonorum ad certum tempus kalendarij, vsusfructus relictus videtur, non verò res in kalendario positæ; est enim quædam vtilitas & commoditas rerum, quæ fructuosæ non sunt, vsusfructus obtinens vicem, de qua nos in alia quæstione egimus suprà *cap.* 8. *num.* 33. hanc ferè resolutionem tenet Dominus Franciscus Sarmiento *selectar. quæstion. lib.* 3. *cap.* 10. & ante eum idem dixerat breuiùs Greg. Lop. *in l.* 15. *tit.* 2. *part.* 4. & *in l.* 27. *tit.* 6. *part.* 4. qui licèt non ita explicet, idem tamen tenet; allegat enim legem *dotis fructus*, *ff. de iur. dot.* §. *si vsusfruct.* vbi si in dotem simpliciter vsusfructus datus sit, fructus non sunt restituendi, quasi firmet in oppositum regulam, *ex dict. l. vxori*, vt si non simpliciter, sed ad tempus datus sit, videatur certa quantitas data, sed in annos distributa, cuius, sicuti kalendarij, *in dict. l. vxori*, marito vtilitas est, ex dictis *dict. cap.* 8. *num.* 33. & *l. si conuenerit*, 4. *ff. de pactis dotalib.* qui est elegans textus: quod nisi ita intelligas, fiet profectò, vt datis annuis redditibus in dotem mulier soluto matrimonio indotata relinquatur, quod ne fiat, si nihil statutum esset *in dd. ll.* pro vxore, ita intelligendum esset coacta ratione; oportet enim dotatas remanere fœminas, vt alimentis abundent, non vt vidua in hac nostra specie secunda ineat vota. In hac ergo specie rectè inquirimus fructûs rationem, vt à dote secernamus & separemus, vtque soluto matrimonio possimus apertè iudicare, & constituere, quid, quantúmque nomine fructus apud virum sit relinquendum, quid quantúmve soluto matrimonio ad vxorem sit peruenturum dotis nomine. In vtraque autem specie qui fructus lucrabitur, id etiam lucrabitur quod fructus nomine diximus contineri; quod si fructus dati in dotem dos sint, dos etiam erit quicquid nomine fructus continebitur. Vnde *in dict. l. vxori*, 37. kalendarium sequitur naturam fructus, quam quoque sequeretur in contrario casu, vt verum sit id quod diximus, Iureconsultos fructus exactam & particularem rationem indagasse ad particulares iuris partes; nomine autem fructus intellexisse vniuersè omnem vtilitatem, quæ ex re, de qua ageretur, percipi potuisset, vt nomine fructus intelligamus obuentiones, prouentus, vtilitates & commoda: ita intelligebat Carolus Molineus *in consuetudinibus Parisiensib. tit.* 1. §. 1. *glos.* 1. *num.* 33. *part.* 1.

Doctores verò diuidunt hos fructus in naturales, & industriales; alij quoque tertium genus addunt, scilicet ciuilium fructuum. Illi sunt in quibus producendis magis ipsa natura, quàm hominis industria conspicitur; id genus aiunt esse poma, glandes, herbam, fœnum, & illa in montibus vbique iacentia: in industrialibus magis opera & diligentia nostra conspicitur, quàm natura. Bartolus *in l. ex diuerso*, *ff. de rei vendicatione.* Abbas *in cap. grauis, de restitutione spoliatorum.* Bald. *in l.* 1. *Cod. de fructibus, & litium expensis*: bimembrem hanc diuisionem recipiunt Pinellus *in l.* 2. *Cod. de rescindenda vendit. part.* 2. *cap.* 4. *num.* 52. Couarruuias *variarum resolutionum lib.* 1. *cap.* 3. *num.* 6. Aretinus *consil.* 159. Alij autem ita diuidunt, vt alij fructus naturâ ipsâ subministrante proueniant, alij autem iure, non natura; illos naturales vocant, hos ciuiles fructus. Horum quoque diuisio bimembris est, vt *in dict. l. si nauis*, 7

ff de rescind.vendit. Baldus *in cap cum M.Ferrariensis, de constitutionibus.* Corneus *consil.* 129. *volumine* 4. Alexand. *consil.*56. *num.* 9. *lib.* 4. Boërius *decisione* 224. *num.*1. quorum aliqui tertium genus constituunt, scilicet eorum, qui nostra arte & artificio contingunt, vt sunt picturæ: bimembrem illam diuisionem agnouit Molineus *vbi suprà, dict. glos.*1. *titul.*1. *num.* 3;. hæc pertinent ad interpretes; quod attinet ad Iureconsultos & iuris scripti rationem, non dubium est, quin fructus alij sint naturales, alij ciuiles: de naturalibus est lex *fructus, ff.de vsuris*; ex quo Iurisconsulti responso necessum est, hos naturales fructus diuidere in duo capita, vt naturales fructus alij sponte quidem proueniant, alij verò nostram artem & industriam & diligentiam desiderent, & exposcant; eos simpliciter vocamus naturales, hos industriales. Ita inquit Pomponius, fructus percipiendo vxor vel vir ex re sibi donata suos facit, illos tantùm quos suis operis acquisierit, veluti serendo; nam si pomum decerpserit, vel ex sylua cæciderit, non fit eius, sicuti neque cuiuslibet bonæ fidei possessoris; quia non ex facto eius is fructus nascitur. Hæc Pomponius. Ex quo responso, quod totum versatur in fructibus naturalibus, distinctio illa comprobatur, vt hi fructus naturales, alij sponte proueniant, sine facto nostro (hos naturales simpliciter vocarunt Interpretes) veluti pomum, & ex sylua ligna; alij non nisi industriâ nostrâ, & facto proueniant, vt sata, vineæ, & olíueta, & alia id genus; ciuiles autem fructus contra naturales illos fructus distinguuntur, quoniam iure proueniunt, non industria, aut beneficio naturæ: de his est lex *de fructibus, ff. de donationibus inter virum & vxorem*, ibi: *Et Iulianus scribit, fructus quoque vt vsuras licitam habere donationem: l.apud Iulian. §. fructus, ff.de legatis* 1. ibi: *Quod in fructibus dicitur, hoc in pensionibus vrbanorum ædificiorum intelligendum est: l.diuortio, §.de pensionibus, ff.soluto matrimonio, l.si nauis, ff.de rei vendic.* ibi: *Non naturâ prouenit, sed iure percipitur.* Denique bimembris illa distinctio fructuum recipi debet, quæ distinguit inter fructus naturales, & ciuiles; dummodo subdistinctio naturalium admittatur inter eos qui sponte proueniunt, & quos industriales vocarunt Scriptores, qui naturales quidem sunt, sed non proueniunt sine nostra opera, diligentia, & labore: & hæc est distinctio recipienda ex legibus suprà adductis, & acquisitio fructuum etiam apud Iureconsultos hanc inuenit rationem distinctionis, vt hoc capite videbimus paulò inferiùs. Ex quibus cessant infinitæ distinctiones fructuum, confusè aliis industriales facientibus fructus, Bart. *in l. fin. in fin. ff.de iure fisci*, aliis industriosissimos, Bald. *in l. traditio, in fin. Cod.de actionibus empti*; aliis naturales tantùm agnoscentibus, aliis naturales & industriales, reiicentibus ciuiles fructus; aliis ita demùm admittentibus ciuiles, vt de industrialibus nihil curent: denique ex Iureconsultis naturales distinguuntur à ciuilibus, atque hi ipsi naturales bipartiti sunt in eos qui sponte proueniunt (quos vulgus naturales vocat, quo verbo vtendum nobis est;) & in eos qui nostro facto proueniunt quoque, vti sata, & vineæ, & oliueta, *ex dict. l. fructus, dict. l. de fructibus, dict. §. fructus, de pensionibus, dict. l. si nauis*; quæ sunt iura præcipua in hac disputatione. At verò lex nostra *partitæ* 39. *tit.* 28. *part.* 3. Bartoli distinctionem secuta est, ibi: *Otrosi dezimos, que los fructos que ouiesse recebido, si fuessen de tal natura que non veniessen*

viniessen por labor de homes, mas por si se los diesse la heredad, assi como peras, o mançanas, o ceresas, o nuezes, o los fructos semejantes destos, que han los arboles por si naturalmente, o sin labor de home, que estos a tales tenudos son de los tornar con la heredad. De qua inferiùs isto capite nobis est agendum, neque existimandum est reiecisse nostram legem fructus ciuiles, quia sibi solùm de naturalibus erat negotium; horum verò agnouit distinctionem, eorum qui sponte & facto nostro proueniunt; de ciuilibus nihil egit, ideò non est existimandum *ex dict. l.* 39. correctas dictam legem *fructus*, dictam legem *de fructibus*, dictum §. *fructus*, dictum §. *pensionibus*, dictam legem *si nauis*, vbi Interpretes ieiunè admodum rem istam tractarunt.

Quamuis autem Scriptores mirè digladientur, qui verè sint fructus illi qui sponte proueniunt (quos deinceps naturales vocabimus) quíque illi censendi sint, qui nostrâ operâ & diligentiâ egent, de quo variè Bart. *in dict. l. ex diuerso*, & Fulgos. *in l. fructus, ff. de rei vendic. num.* 4. de lana, lacte, oleo, herba, & fœtu ouium; Paulus *in l. sequitur*, §. *fructus, ff. de vsucapionibus*: in his tamen non est immorandum, verissimum enim est, posse plurimùm in hoc arbitrium iudicis, quod versabitur in qualitate, vsu, & consuetudine prouinciæ: alibi enim herba industriâ, & non mediocri labore prouenit, alibi sponte nascitur, alibi pomaria coluntur, alibi non expectata proueniunt, quod ex Bartolo, Abbate, & Aretino, & aliis receptum tradit D. Didacus Couarruu. *dict. lib.* 3. *capit.* 3. *num.* 6. Ex quo cessare oportet disputationem Doctorum circa cognitionem horum fructuum; licèt enim aliquando Iureconsultus distinguat inter fœtus ouium, & recepta ex operis, non statim aiendum est, fœtus ouium naturales fructus esse, qui sponte proueniant; alibi enim sponte proueniunt, pérque syluas & montes gementes agnos, saltitantésque hœdos reperimus; alibi autem vt concipiantur, mutare pascua compelluntur, hybernósque & æstiuos saltus & montes desiderant, quò ducantur, deducanturue: ita existimamus sensisse Iureconsultum *in l. penultima, ff. de peculio*; neque enim lex, neque Iureconsultus potuit in hoc certam rationem constituere, cùm pertineat ad qualitatis, & genuinas vniuscuiusque loci circumstantias, quæ certa lege definiri non possunt; ideò cùm distinctio illa de fructibus verissima sit, quicquid Loriotus *de fructibus axiomate* 16. & Carpus 1. *part.* disputando tradant, & post eos reliqui quos retulimus: exempla certè vniuersè vera non esse possunt, vnde neque de lana, lacte, herba, neque de fœtu ouium quippiam vniuersè tradi potest; quæ autem tradita à Iureconsultis sunt, exemplorum obtinent veram rationem, quorum nullam veritatem necessariam præsupponimus: ita enim Pomponius fœtum ouium, & caprarum naturales fructus asserit, vt non neg. ffet, posse quidem industriales esse: & in hoc nostro Galleciæ Regno, cùm alibi equæ ad manum admittantur, & admissariæ sint; frequentiùs sine cura concipiunt & pariunt, vix enim toto anno, nisi cùm stemmate consignandus est nouus partus, à domino visuntur. Boues quoque, quas feroces vocamus vel indomitas eodem modo, domitas autem, ipsásque oues maximâ curâ & diligentiâ conseruamus; itaque in hoc exempla addita à Iureconsultis nullum negotium facessent viro cordato, quæ propriùs pertinent ad locorum priuatas circumstantias & qualitates, quàm ad iuris dispositionem

positionem; idemque dicendum est *ad dict. l. 39. tit. 28. part. 3.* non enim ita ex illa nostra lege constituendum est, esse hoc arbitrium sublatum ex illis verbis, *assi como peras, o mançanas, o cerezas, o nuezes*; vt cerasa, seu pyra, nuces, & poma vbique existimanda sint fructus naturales, qui sponte proueniant; sed ita demùm si absque industria hominis nascantur; exempla enim sunt, quæ veritatem vniuersam, & necessariam non requirunt, dum explicent rem de qua traditur, aliàs frustra addita essent illa verba quæ sequuntur, *o los fructos semejantes destos que han los arboles naturalmente*; non inquit, *que han los arboles*; sed addit, *naturalmente*; quasi dicat, esse hos naturales: & subdit, *e sin labor de home*; quod ideò dictum est, quia sunt fructus naturales, qui proueniunt sine nostra opera & industria, ac simul, vt intelligas ita demùm poma, nuces, pyra, castaneas, cerasa & alia esse connumeranda in hoc genere, scilicet si sponte proueniant, sine cultu, sine labore, sine industria & diligentia nostra, quod fieri potest. Acquisitio autem fructuum versatur plerumque in bona fide, de qua pauca, & breuiter attingenda sunt: explicuit elegantissimè omnium D. D. Couarruu. *in regul. possessor, part. 2. §. 6. per totum.*
9 Licèt enim bona fides plerumque accipiatur in eum sensum, vt scilicet excludat omnem machinationem, dolum, & figmentum, idque existimemus fieri bona fide, quod fit non dolosè, versutè, & callidè, aut fictè, ita acceperunt Iureconsulti *l. si seruus communis, §. quod si sciens, ff. de furtis, l. ab emptione, ff. de pactis*, & ante Iureconsultos antiquiores ita loquebantur, quod sine dolo aut machinatione fieri, dicíve volebant, bona, fide dici, fieríve iubebant: ita quod syncerè fit, dicitúrve, non callidè, versutè, & dolosè, bona fide dicitur fieri: aliquando in iure bona fides ab non syncero animo longè abest, æquitatemque significat iuris rigori oppositam, propter quam æquitatem fit benigna quædam, & lata interpretatio, vltra id quod expresѕè actum, gestúmve est,
10 *l. bona fides, ff. depositi, l. at si quis, §. hæc actio, ff. de relig. & sumptibus funer. l. si mandauero, §. Iulianus, ff. mandati, l. 2. §. vltimo, ff. de precario*; opponitur enim iuri rigoroso, stricto, præduro, & exacto, quod nullam huiusmodi interpretationem recipit, *l. 2. §. item Varus, ff. de aqua pluu. arcenda, l. Pantonius, ff. de acquirend. hæreditat. l. si ita scriptum, in princip. ff. de liberis & posthumis*; quo fit, vt æquitas rigori opposita, sit benigna quædam interpretatio, ex circumstantiis rei, & personarum, de quibus agitur, *dict. l. bona fides, ff. depositi*, ibi, *si totius rei æquitatem, quæ ex omnibus personis, quæ in negotio gesto contingantur, impletur*: cuius æquitatis ibi exempla plura connectit Africanus, alia D. Couarr. *vbi suprà, num. 3.* qui plures adducit, inter quos Aristotelem, Quintilianum, Ciceronem. Est itaque ius rigorosum strictum, & exactum, à quo non licet decedere; est æquum quoddam & bonum ius, quod benigna interpretatione temperamus, ex æquo & bono, quod æquum & bonum repletur ex circumstantiis personarum, & rerum, de quibus agimus; vnde contractus stricti iuris, & bonæ fidei appellatio in iure orta est, quòd illi exactè, durè, & strictè sint accipiendi; hi verò ex circumstantiis æquè & benignè temperentur: in his contrahentes officio quodam iudicantis mutuo tenentur, etiam ad id, quod ex bono & æquo præstari oportet; in illis ad id quod expressum est, nascitur obligatio, nihilque ampliùs, quoniam illi

illi benigni sint, æqui & boni: hi exacti, duri, stricti, & rigorosi. Vide exempla horum *in l. quicquid adstringendæ*, & *l. si ita stipulatus*, §. *Chrysogonus*, *ff. de verbor. obligation.* illorum verò *in dict. l. bona fides*, & *in l. ex maleficiis*, *ff. de actionib. & obligat.* & *in l. quæro*, *ff. locati.* Itaque alibi exuberat æquitas & bona fides, alibi durum, strictum & exactum ius omnem interpretationem, omne temperamentum respuit. Quintus quidem Scæuola Pontif. Maxim. apud Ciceronem *lib. 3. de Officiis*, censebat, summam vim esse in his omnibus arbitriis, in quibus adderetur ex fide bona; fideique bonæ nomen existimabat manare latissimè, idque versari in tutelis, societatibus, fiduciis, mandatis, rebus emptis & venditis, conductis, locatis, quibus vitæ societas continetur. Hæc Cicero. In his iudiciis, quoniam essent ad tuendam hominum societatem apprimè necessaria & vtilia, quibus maximè vita hominum, vtilitasque communis conseruatur, quæ magis est secundùm naturam, vt paulò superiùs dixerat Cicero, quàm vita, aut mors; ablata enim è medio vtilitate communi, nihil sanctum, nihil firmum in republica videri poterit, pereat necesse est ciuitas, in qua priuata commoda vtilitatem impediant communem. Quoniam ergo magis in his contractibus, quàm in reliquis sita & posita videbatur isthæc communis vtilitas, ex bono & æquo interpretationem recipiebant, & bonæ fidei appellationem sunt commeriti, ne bonum & æquum contrahenti deesset, etiamsi nihil de eo actum esset, idque decebat communem vtilitatem, & maximè eos hominum actus, in quibus isthæc communis vtilitas conseruaretur; in aliis actibus, vbi priuata erat vtilitas, veluti in stipulationibus prædiorum, strictum, exactumque relictum est ius ab omni interpretatione alienum. Itā Prætores olim statis diebus litigatoribus, datis formulis ad pedaneos iudices, qui causas ad se delatas ex formulis à se datis componerent, & deciderent, in istis iudiciis, quæ vtilitatem communem continent, iudicare iubebant ex bona fide; in aliis, vbi priuatum inerat commodum, non item, *l. quæro*, *ff. locati*, ibi, *in quantum illum condemnari ex bona fide oportebit, tantùm fide tua esse iubeas.* Cicero *lib. 3. de officiis.* Atque iste dolus malus etiam legibus erat vendicatus, vt tutela duodecim tabularum, & circumscriptio adolescentium lege latoria, & sine lege iudicis, ex quibus ex bona fide additur: ita Theophilus *in principio de interdictis institutis.* Facit lex 1. *in principio*, *ff. de fluminibus*, *l. 1. ff. de doli exceptione.* Optimè omnium Boërius *ad topica Ciceronis*, *sexto libro*, vbi Cicero quoque, in his omnibus, inquit, iudiciis, in quibus ex fide bona est additum, plurimus earum vsus est. Sed neque hæc interpretatio quicquam ad nostrum tractatum pertinet. Quod pertinet ad fructuum acquisitionem, bonam fidem eam dicimus, id est, bonum iudicium, vt fides iudicium sit, quo quisque de rebus suis secum iudicat tacitus, an ad se pertineant, an non; isque bonam fidem habere dicitur, qui in hoc priuato & tacito iudicio conscientiam rei alienæ nullam reperit; ille verò malam, qui conscientiam rei alienæ reperit; est enim fides iudicium. Ita intelligendus est Paulus *ad Roman. capite* 14. Omne quod non est ex fide, peccatum est: *ex fide*, inquit Ambrosius, id est, ex conscientia, *in cap. quærat aliquis*, *de pœnitentia distinct.* 3. dependet enim hæc fides, aut iudicium ex conscientia mea, qui iudico, non alterius, *l. 1.* §. *Iulianus scribit*, *ff. de itinere*, *actuque priuato*, ibi;

11

Ppp *non*

non enim opinio tua, sed mea quærenda est. Itaque is qui iustè secum deliberans & iudicans omnino credit rem ad se pertinere, is possessor est bonæ fidei, *l. bonæ fidei possessor, ff. de verborum significat. l. vltim. Cod. vnde vi*: quòd in illo iudicio ita debeamus iudicare, vt quod nostrum non sit, ad alium debeat modis omnibus pertinere: inde effectum est, vt ista bona fides factum, non ius sit;
12 cum enim dependeat ex hoc iudicio priuato, quod quisque secum facit, non potest certo definiri iure: ita Paulus Iureconsultus constituit *in l. bonæ fidei, ff. de acquir. rerum dominio*, ibi; *hoc enim ad ius, id est ad vsucapionem; illud ad factum pertinet, vt quis bona aut mala fide possideat.* Vnde quod attinet ad malam fidem, vel bonam, conscientia inquirenda est; neque enim potest verè mala fides à iure iudicij prouenire, quo fit vt contestatio, & denuntiatio fictæ
13 mala fides sint, non veræ; neque enim statim quod rem à me petas, sic existimare debeo rem ad te pertinere, si nihil aliud adferas & ostendas; neque enim ex opinione tua qui petis, sed ex mea pendet isthæc mala fides, *dicta l. 1. §. Iulianus scribit, ff. de itiner. actuque priuato*; neque potest verè à iure induci mala fides, cùm in facto consistat, hoc est in conscientia mea, *dicta l. bonæ fidei.* Cùm igitur verè habuerim bonam fidem, fructus tamdiu meos facio, quamdiu in bona fide sum, quia non tam initium, quàm singula momenta expectamus; ab eo enim momento quo possessor scit fundum ad se non pertinere, malæ fidei possessor est, neque fructus suos facit, *l. qui bona fide, ff. de acquirend. rerum dominio*; quia bona fides in facto consistit, non in iure; ex qua ratione diximus, quia contestatio fictè, non verè malam fidem inducit, item denuntiationem id efficere, *ex l. si fundum, C. de rei vendicat.* posse restitutionem fructuum fieri quidem, non ex die contestationis, aut denunciationis, sed ex eo die, quo reus petitus ex documentis adductis & sibi exhibitis, potuit compertum habere, rem ad se non pertinere, diximus suprà *cap. 6. num. 2. & 3.*

Inde illud animaduersione dignissimum est, quod semel in hoc foro & Senatu receptum vidi, vt litis contestatio inducat effectus veræ malæ fidei, in hoc tractatu de acquisitione fructuum, vbi factum versatur; nam in his quæ
14 sunt iuris, vt in vsucapionibus, *ex dicta l. bonæ fidei, ff. de acquirend. rerum dominio*, nihil dubitandum est; sed ita demùm si contestatio fiat, quomodo ius faciendam constituerit, scilicet edita actione; ac non solùm actione, sed editis & exhibitis instrumentis, & documentis, quibus quis vsurus est, vt proinde sciat reus vtrum magis cedere, an vltra contendere debeat, *l. 1. in principio*, & *§. edenda, ff. de edendo, l. is apud quem, Cod. eod.* idque iure nostro quoque constitutum est in his legibus, quæ iudiciorum ordinem continent: quas *Madritias* vulgus vocat. Itaque actor edere debet actiones, instrumenta, & reliqua, quibus ad se rem petitam pertinere putat, quæ videat reus, vt deliberet an res sibi restituenda sit, post quam deliberationem negatio meritò malam fidem inducit, præsumente id iure. In hoc autem iudicio rectè obseruato, meritò à contestatione, cùm nihil attuleris contra actionem & instrumenta edita, malæ fidei possessor diceris, *l. sed etsi lege, §. etiamsi ante litem, ff. de petitione hæreditat.* quo casu rectè fructus restituuntur post litem contestatam. Quod si in contrario casu nihil aliud proponas quàm libellum, cùm

eo

eo nihil edas, quod frequentius fit; ego profectò neſcio, cur hæc conteſtatio ſine documentis & inſtrumentis exhibitis fictè inducta inducere poſſit veram fructus reſtitutionem, niſi ex eo tempore quo reus ex actis potuit cognoſcere rem ad ſe non pertinere. Quod fiet poſt publicationem & atteſtationem, & ita iam ſemel iudicatum vidi in hoc Senatu, & audio iudicatum fuiſſe Pinciæ. Certè fundatam habet hæc praxis iuris rationem, quæ addenda eſt his quæ diximus ſuprà, *cap.6. num.3. & 4.* reſeruauimus enim in hunc locum: eſt ad hoc textus elegans *in l.ſi quis inficiatus, ff.depoſiti*, ibi; *poſtea autem ſi cognouerit, cum eo agi poterit, quoniam tunc incipit dolo malo facere, ſi cedere eam non vult.* Vide Bartol. *in l.non ſolùm, §. morte, num.*45. quæ pertinent *ad l. ſi fundum, Cod.de rei vendic.* vt præter verbalem denunciationem, omnia cum denunciatione ſint exhibenda, quæ poſſint emptorem ab emptione retardare; niſi illud dicas *in dict.l.ſi fundum*, fructus fuiſſe reſtitutos, qui cum mala fide percepti ſunt; non enim à die denunciationis reſtituendos præcipit Imperator, ſed à die ſuperuenientis malæ fidei. Quæ eſt literalis & vera ſolutio; namque ſola denunciatio, ſicuti litis conteſtatio, niſi fiat aptè, ſecundùm iuris regulas, ex Bartolo *dict. l.non ſolùm, §.morte, num.*35. malam fidem non inducit, quæ verè in facto conſiſtit, non in iure: diximus *dicto cap.6. num.*4. 5. *& ſequentibus.* Non enim teneor, neque debeo protinus intelligere fundum, quem bona fide poſſideo, ad te pertinere, quòd illum in iudicio petas; mea enim opinio, non tua expectanda eſt; ideo edere te oporret documenta, vt deliberem, an reſtituere debeam; aliter certè bona fides mea durat, quam verè non tollit litis conteſtatio, cùm in facto, non in iure conſiſtat: conſtat ergo duplicem eſſe malam fidem; veram quæ in conſcientia conſiſtit; fictam, quæ in iure poſita eſt, hoc eſt in petitione, & denunciatione rectè facta, ſcilicet, exhibitis documentis, quibus rem ad te pertinere mecum ipſe diiudicare poſſim.

Ex hoc iuris principio conciliari mihi poſſe videntur duo Iureconſulti, quos hactenus nemo aptè conciliauit; hoc auſim ſic dicere, etiamſi eorum ſententiam probem, qui rarò, aut nunquam iſtas antinomias in iure reperiri aſſerant; agnoſco Iureconſultos homines fuiſſe, video ſæpè contraria ſenſiſſe, 15
mutila nobis relicta ipſorum reſponſa, è propriis ſedibus & locis, vbi aptè ſita & collocata erant, ad aliena tranſlata; ſed tamen ſæpè mecum conſtituo, obſeruata recta ratione iuris, poſſe ad concordiam redigi, quantumvis diſſideant, & pugnent eorum reſponſa. Ij igitur ſunt Iulianus & Vlpianus, ille *libro vigeſimoſecundo Digeſtorum, in l. qui ſcit, de vſuris*; hic *libro quadrageſimoprimo, in l.qui bona fide, de acquirendo rerum dominio*, circa acquiſitionem fructuum in malæ fidei poſſeſſore apertè pugnant: *Bonæ fidei emptor* (inquit Iulianus) *ſeuit, & antequam fructus perciperet, agnouit fundum alienum eſſe; an perceptione fructus ſuos facit, quæritur? Reſpondi, bonæ fidei emptor quoad percipiendos fructus intelligi debet, quamdiu euictus fundus non fuerit; nam & ſeruus alienus, quem bona fide emero, tamdiu mihi ex re mea, vel operis ſuis acquirit, quamdiu à me euictus non fuerit.* Hæc Iulianus, quem vides ad euictionem vſque poſſeſſori huic fructus reliquiſſe. Vlpianus contrà: *Qui bona fide,* inquit, *alicui ſeruit, ſiue ſeruus alienus eſt, ſiue homo liber eſt, quicquid ex re*

eius, cui seruit, acquirit, ei acquirit, cui bona fide seruit ; sed & si quid ex operis suis acquirit, simili modo ei acquirit; nam & opera quodammodo ex re eius, cui seruit, habentur, quia iure ei operas exhibere debet, cui bona fide seruit : tamdiu autem ei acquirit, quamdiu bona fide seruit ; cæterùm si cœperit possessor scire eum alienum esse, vel liberum, videamus an ei acquirat : quæstio in eo est, vtrum initium in eo expectemus, an singula momenta : & magis est, vt singula momenta expectemus. Hæc Vlpianus: status controuersæ in eo est, quod alter Iureconsultus, quod pertinet ad acquisitionem fructus, ab eo puncto temporis, quo conscientia rei alinæ superuenit, censet restituendos fructus; alter ita demùm censet fructuum restitutionem faciendam, vt tempus spectemus euictionis potiùs, quàm malæ fidei superuenientis: iubet ergo alter spectari singula momenta, alter tempus euictionis, hoc est euictæ rei : & ne existimes(lector optime)facilè conciliari posse hos Iureconsultos, memineris Æguinarium Baron. virum egregiè, & optimè eruditum, fateri ingenuè, nulla conciliatione posse concordari, *in §. si quis à non domino, Institutis de rerum diuisione* : & vt rem difficiliorem faciamus, doctissimus noster Couarruuias *variarum resolutionum lib.1. cap.3. numero* 7. cùm in hæc duo responsa incidisset, ita ait ; Mihi potiùs dictum esse videtur opinionum conflictu, vt tandem aduersa prorsus hos Iurisconsultos opinatos fuisse existimem. Constat enim passim ipsos Iureconsultos, ob varia iudicia, contraria respondisse; siquidem plerumque Iuliano aduersatur Paulus, à Paulo dissentit Vlpianus; nec mirum est eos qui Iustiniani Cæsaris imperio tot Iureconsultorum responsa ex tot eorum libris ad epitomen reduxerunt, memoriæ lapsu (homines enim erant) non aduertisse repugnantia inuicem responsa seipsos Pandectarum libris adnectere : hæc doctissimus Couarruuias, vt videas non immeritò à nobis dictum esse, illa duo responsa hactenus conciliata non esse : me certè iuris ciuilis præclaris & firmis præsidiis destitutum pudet, tædetque nouam conciliationem adducere ; video quale. quantumque periculum sit in re difficili; sed dicam audacter quod sentio, neque iudicium pertimescam, quod vnum potuit nobis præclaros omnes authores subripuisse, sicque existimo Iureconsultos Vlpianum, & Iulianum diuersa sensisse, non contraria; versatosque in diuerso argumento, iuxta rem quam agebant, respondisse; quæ tamen, vtpote diuersa, non mereantur repugnantiæ nomen, seu antinomiæ ; existimo enim antinomiæ nomen illa responsa mereri, quæ eadem habeant facti speciem, personarum easdem circumstantias, easdem temporis, locique qualitates, easdem iuris rationes : quod si diuersum argumentum sit, aliæ personæ, alia iuris ratio, diuersa, non contraria dicam, etiamsi vulgus contraria vocet & appellet; quidquid quocumque modo diffideat, ego sanè factum, personas, locum, tempus, iusque adspicio in vtroque

16 responso, si quando antinomiam propositam inquiro: huius generis non diffiteor esse aliqua, & præcipuè in hoc genere, *l.3. §. si emptor, ff. de actionibus empti, cum l. si stipulatus, ff. de vsuris* : vterque textus loquitur in eadem stipulatione, iisdem verbis concepta, vterque in emptore, vterque in eadem materia, vterque in eadem dispositione iuris, in eodem casu, in eisdem circumstantiis: huius generis ferè est lex finalis, *ff. de vsucapionibus, cum l. si quisquam, ff. de variis & extraordinariis præscriptionibus* ; ambo in eadem specie, ambo in iisdem

dem circumstantiis, in eadem iuris dispositione, in eodem loco, & tempore,
de quibus modò nihil agimus: in secundo genere vbi diuersa facti species est,
variæ circumstantiæ, diuersa iuris ratio sunt, plura Iuriscnosultorum respon-
sa, quæ antinomiæ nomen minimè merentur; plura conciliauit Zazius de
antinomiis, post Budæum, quem ipse refert. Estque hodie integer tractatus 17
de antinomiis, de quibus ita iudico, vt ferè totum ius hoc notare nomine
possis, si vtcumque dissidentes leges protinus antinomiæ appellatione glo-
riosa, laudem quæsiturus, aut auram popularem potiùs, nuncupes; quasi cum
pueris in scholis, non cum viris doctissimis negotium sit. In hoc secundo ge-
nere rectè collocabis hanc, de qua agimus, antinomiam, quoniam Iulia-
nus, & Vlpianus, non in eadem specie, non in eodem iure, sed diuersis circum-
stantiis definito versantur. Diximus posse suboriri malam fidem, nulla præ-
uia aduersarij admonitione, aut compellatione, petitione, mutationéve, quo-
niam interno iudicio tecum ipse cognoueris rem ad te non pertinere, sed alie-
nam esse: tunc quidem ius, quod semper certum est, rectè constituit vt fru-
ctus non facias tuos eius rei, quam alienam esse fateris; in hoc argumento
versatur Vlpianus *in dict. l. qui bona fide*, iam suprà allegata, qui ad primum
momentum superuenientis malæ fidei restitutionem fructuum restringit,
& rectè, iubetque singula momenta spectari: Iulianus autem loquitur in
mala fide inducta per denuntiationem & petitionem, litisve contestatio-
nem in iudicio, quæ duo, vt proximè dicebam (longè lateque differunt,
isti enim actus ciuiles sunt, vtque effectus malæ fidei inducant, necessum
est, vt legitimè fiant; aliàs cùm fictè mala fides non censeatur, si non
fiant secundum iuris dispositionem, malam fidem nunquam efficient, quia
mala fides factum, non ius continet, vt diximus. Patet autem hoc ex verbo
euincere, de quo dubitari non potest, quin iudiciarium, aut iudiciale sit, & in
iudiciis frequens & quotidianum. At verò *in dict. l. qui bona fide*, nullum de
iudicio indicium est. Hanc duplicem malæ fidei constituendæ viam agnouit
ipsemet Vlpianus, vt non extranea conciliationis fundamenra adducamus,
in l. item veniunt, *§. petitam*. *ff. de petitione hæreditatis*, vbi primùm de compel-
latione, aut denunciatione in hæc verba ait: *Petitam autem fisco hæreditatem,
id est, ex quo quis scit à se peti; nam vbi scierit, incipit esse malæ fidei possessor,
id est, cùm primùm ei denuntiatum esset.* Hactenus de denuntiatione, mox sub-
iunxit cognitionem & scientiam, quæ nulla nuntiatione præuia fit, his ver-
bis: *Quid ergo si scit quidem, nemo autem ei denuntiauit; an incipiat vsuras de-
bere pecuniæ redactæ? & puto debere; cœpit enim malæ fidei possessor esse.* Hacte-
ctenus ipsemet Vlpianus: vides ergo duplicem hanc malam fidem agnitam ab
Vlpiano, ex quo iam obtinemus, in diuersa facti specie versatos Iulianum,
& Vlpianum, alterum egisse de mala fide superueniente nullâ præuiâ nuntia-
tione: alterum verò de ea mala fide, quam inducit nuntiatio, aut petitio
euictionis iudicialis; diximus vtriusque diuersam rationem, & diuersas cir-
cumstantias, vt planum hactenus sit, respondisse eos diuersa in diuersa facti
specie, & iuris dispositione, modò in diuersa specie adhuc videntur pugnare,
quia alter ab eo temporis puncto, quo mala fides superuenit, censet resti-
tuendos fructus; alter verò petitione facta, nuntiationéve in causa euictio-

nis, censet emptorem fructus suos facere, quousque fundus euictus sit; sic autem existimandum est rectè iudicium illud euictionis factum, proposita actione, & exhibitis instrumentis à petitore, quæ rem sibi, aut fundum asserere poterant; sufficientia quidem ad inducendam malam fidem in eo, qui obstinatè existimaret sibi litigandum, & tandem victus sit; neque enim factum apud Iureconsultos constituendum est, nisi legitimum, & iuxta ciuilis iuris regulas agitatum. Existimamus ergo in eo iudicio euictionis apud Iulianum *in d.l.qui scit*, vendicantem edidisse actionem suam, exhibuisse rationes omnes & instrumenta, quibus rem ad se pertinere ostenderet, iuxta dictam legem 1. *ff. de edendo*; exhibita vidisse emptorem, deliberasse, decreuisseque secum iudicium esse sibi suscipiendum, suscepisse, litigasse, victum esse, quo successu non dubium est, quin malam fidem habuerit à tempore litis contestatæ. Cur ergo ab eo tempore fructus non censet Iulianus restituendos, sed ipsos relinquit emptori, quousque fundus verè euictus sit: hæc est Iuliani sententia, ex hac ratione difficilis; quam tamen vt interpreteris facilè, memineris illud in causis euictionis iuris principium familiare Iureconsultis; quod tunc res, de qua lis est, verè euicta censetur, cùm emptor, idemque possessor & reus planè cognoscit, rem à se euinci posse, id est, ab eo momento, quo scit, aut scisse debuit rem ad se non posse pertinere: tunc dicitur euicta res, tunc fundus dicitur euictus. Licèt enim ex empto aduersus venditorem agere non possis, nisi euicta re, *l.euicta re*, 16. *ff. de euictionibus*, *l. vtique*, *ff. de rei vendicat. l. 3. Cod. de euictionibus*, *l.4. ff. de actionibus empti & venditi*, vbi notabat Paulus de Castro, quod nemo poterat agere actione ex empto aduersus venditorem, nisi re omnino euicta, & restituta, Cæpola idem existimauit *in cautela* 71. ta-
18 men euictus fundus dicitur, & euicta res, vt agere possis, simul atque constiterit tibi rem omnino fore euincendam, & restituendam; eo momento scilicet, quo cognoscis rem alienam. Elegans textus *in l.emptorem* 12. *ff. de actionib. empti & venditi. Emptorem*, inquit ipsemet Vlpianus, *noxali iudicio condemnatum, ex empto actione id tantùm consequi, quanti minimo defungi potuit: idemque putat etsi ex stipulatu agat, siue non defendat noxali iudicio, quia manifestum fuit noxium seruum fuisse; nihilominus vel ex stipulatore, vel ex emptore agere posse.* Hæc Vlpianus, qui tunc demùm agere posse censet emptorem ex empto aduersus venditorem suum, cùm sibi manifestum est, rem à se euinci posse, etiamsi eam tradat, & non defendat; tunc enim verè agit euicta re, & res verè euicta est, cùm conscientiam habes rei alienæ omnino restituendæ; cùm enim illa iura, *l.euicta*, *l. vtique*, *l.4. l. 3.* negent actionem, nisi euicta re, *l.emptorem*; & concedant actionem simul atque noueris rem esse euincendam, profectò rectè colligo apud Iureconsultos rem tunc euictam esse, cùm cognosco ad euincentem pertinere. Ita Paulus de Castro *in l. atqui natura*, §.*cùm me absente*, *ff. de negotiis gestis*, *num.5. in fine*, existimabat emptorem, qui certò sciret, rem ad vendicantem pertinere, posse ei restituere rem, quasi euicta esset, nullo suscepto iudicio, & agere posse ex empto ob euictionis causam aduersùs suum venditorem, quia tunc verè res, & fundus, aut seruus euictus est à te, cùm noueris tuum non esse, neque ad te pertinere. Inde inoleuit praxis quotidiana in foro, vt publicatis attestationibus in causis euictionis,

euictionis, possit reus desperata causa illa antiquum suum authorem in iudicium vocare, vt si ipse euincenti sit condemnatus, author sibi etiam suus condemnetur: agnouit Bald. *in l. si pro ea, num. 9. Cod. mandati*, idque publicatis attestationibus, inquiunt, quia tunc liquet fundum euictum, glossa *verbo Liquet*, & ibi Abbas *in cap. significauerunt, de testibus*, neque expectatur res iudicata, *ex dict. l. euicta*, & *l. 4.* & *l. 3.* vtique quæ requirunt euictam rem; euictam enim rem censet Vlpianus *in dict. l. emptorem*, quam scio ad me non pertinere, ideò neque defensa re, nec expectata sententia ago ex empto; quem textum habet pro se praxis illa; vnde quod dicimus de attestationibus publicatis, intelligendum de exhibitis instrumentis, quibus id quoque constet, ita vt nullo etiam suscepto iudicio ex empto ob rem euictam possim agere, quia fundus euictus tunc censetur, quando scientia rei alienæ superuenit; in hoc casu tamen, vbi non expectata sententia restituo, quia noui à me defendi non posse in iudicio proposito contra meum debitorem, aut venditorem, ob rem euictam, probare debeo rem ad euincentem omnimodo pertinuisse, quo probato securè trado, securè ago, quia res verè euicta est, ex Paulo *in dicto §. cùm me absente*. Igitur Iulianus rectè ait emptorem quoad percipiendos fructus intelligi debere bonæ fidei, quamdiu fundus euictus non sit; quia quamdiu bonam fidem probabiliter habeo, fundus non dicitur euictus; simul atque malam fidem habeo, fundus euictus dicitur: igitur in ea specie, in qua ex denunciatione agitur, ab eo momento, quo scis fundum euinci posse, à quo malæ fidei possessor es, restituere debes fructus; vnde concordant ambo Iureconsulti, & in diuersa specie idem ius constituunt: ambo ab eo puncto, & momento, quo mala fides prouenit, restituendos fructus esse censent, ex quo si, quod plerumque fit, petitio in iudicio fiat, nullis productis, neque exhibitis instrumentis, quibus causam tueri tuam confidas, egoque resistam, litigem, quia non debeo statim petitioni tuæ acquiescere; publicatis autem attestationibus videam iure te & ratione agere, tunc quidem potero restituere, & aduersus venditorem meum reuersus, tanquam re euicta agam, qui non poterit obiicere, *dict. l. euicta*, & *l. vtique*, & *l. 4.* & *l. 3.* imò prudens iudex, si res ad euincentem pertineat, poterit hercule vtrumque condemnare, reum possessorem, vt euincenti restituat: venditorem verò emptori ex empto in totum illud, quod intersit ex causa euictionis: poteritque ex fundata iuris ratione, quoniam petitio non sit proposita exhibitis instrumentis, quibus cedere posset reus fructus, condemnationem differre ad id tempus, quo reus sciuit rem alienam; namque restitutio fructuum sequitur malam fidem circa dominium; mala autem fides non consistit in iure, vt his ciuilibus actibus possit induci, sed in facto consistit; verè autem scientiam rei alienæ non obtinui, nisi ex eo tempore, quo publicatis attestationibus didici apertè rem non esse meam; nuntiatio autem, petitio, & interpellatio actus sunt ciuiles, quæ per se solùm veram malam fidem non inducunt; ideo fictio non debet veritati præualere, nisi legitimè proponatur, & secundum iuris ciuilis constitutas regulas.

Præterea ista verba, quæ perfectionem actus significant ex etymo nominum, vbi agitur de obligatione inducenda impropriantur. Bartolus & Scriptores 19

tores

tores *in l. ampliùs non peti, ff. rem ratam haberi*, Iason *in l. omnium, ff. si certum petatur, in principio.* Itaque verba ad inducendam obligationem, quæ nondum erat, extrahuntur à propria significatione, & vt ita dicamus, impropriantur, vt significent non exactionem in iudicio, sed petitionem, aut nuntiationem. Hoc mihi probat apertè Paulus Iurisconsultus *in leg. ampliùs non peti, ff. rem ratam haberi*, iuncto Vlpiano *in l. item veniunt, §. debitam, ff. de petitione hæreditat.* Paulus ex etymo nominis interpretatur verbum hoc *peto*, id est, lite contestata, vt is demùm petiisse intelligatur, non qui denuntiauit, aut compellauit, aut postulauit simpliciter, sed qui petiit exhibitis instrumentis, & rationibus suis, qui deliberare coëgit reum suum, vt cederet, aut litigaret; qui denique effecit, vt reus susciperet iudicium: hæc est propria acceptio huius verbi, *peto*; sed aliàs videas hoc ipsum verbum *peto*, aliò trahi à Iureconsultis, cùm agitur de obligatione inducenda; extrahitur enim à propria significatione, & ad simplicem denuntiationem profertur ab Vlpiano, *in dict. §. petitam.* Ibi enim malæ fidei possessor fit ille, cùm hæreditas à se petita est; petita est autem, cùm sibi denuntiatum est. Vides quomodo ad inducendam obligationem restituendi fructus verbum *peto*, extrahatur à propria significatione ad eum actum, qui eundem effectum habeat, & possit eandem malam fidem inducere. Denique Iureconsulti rerum potius quàm verborum soliciti id quærunt, an conscientiam habeas rei alienæ: hanc si habeas verba non verentur, vt iuris rationes obseruent; cùm enim nuntiatio legitimè facta, ita inducat malam fidem, sicuti contestatio, *l. si fundum, Cod. de rei vendicatione, dict. §. petitam*, planè obligationem inducunt, ex quocunque actu mala fides induci possit, vt fructus restituantur, cuius instar est, quod de euictione dicimus, vt res euicta sit ex quocumque actu, vbi mala fides reperiri possit; nec significationem in hac re nominum curant Iureconsulti, imò magis arbitrantur eam etiam esse propriam vocum significationem ciuilium, quæ ciuiles regulas magis conseruauerint. Hactenus de hac antinomia: si meliùs senseris, amice lector, nostram diligentiam ne reprehendito.

20 Acquisitionem igitur fructuum aggressi, primam regulam constituimus, vt bonæ fidei possessor naturales fructus non faciat suos: glossa *in l. ex diuerso, ff. de rei vendic.* glossa *in §. si quis à non domino, verb. fructus, Institutis de rerum diuisione*: glossa magna *in §. 1. Institutis de officio iudicis*, quas communiter approbatas inquit Ioannes de Imola *in l. Nesennius, §. fundum, ff. de re indicata*, idem Imola *in cap. grauis, de restit. spoliatorum*: hanc probat expresse Pomponius *in l. fructus, ff. de vsur.* cuius verba, quia de illis agendum sæpiùs est, adscribere libet. *Fructus percipiendo*, inquit Pomponius, *vxor, vel vir, ex re sibi donata suos facit illos, quos suis operis acquisierit, veluti serendo; nam si pomum decerpserit, vel ex sylua cæciderit, non fit eius, sicuti nec cuiuslibet bonæ fidei possessoris, quia non ex facto eius is fructus nascitur.* Hæc Pomponius, qui apertè distinguit inter fructus naturales & industriales; planéque naturales, qui sponte proueniunt (hos enim naturales vocamus) non fieri bonæ fidei possessoris fatetur, etiamsi industriales suos faciat: Pomponij autem verba perspicua sunt, nulla interpretatione egent, neque possunt aliò torqueri.

Ex

Ex quo obiter id adnotandum est, perperam Franciscum Connanum virum eruditissimum, *lib.*8. *commentariorum iuris, cap.*11. & post eum Pinellum vbi suprà *in l.*2.*part.*2. *cap.*4.*num.*50. existimasse donationem fructuum valere indistinctè inter virum & vxorem, nullâ habitâ ratione bonæ vel malæ fidei, seu iuris scientiæ aut ignorantiæ; idque *ex dict.l.de fructibus, ff.de donationibus inter virum & vxorem*, ibi: *Et Iulianus scribit fructus quoque vt vsuras licitam habere donationem*; atque ita existimant id solùm considerandum esse, quòd donans non fit pauperior, etiamsi donatarius fiat locupletior, iuxta legem 5. §.*vltimo, ff. de donationibus inter virum & vxorem*, ibi: *Vbicumque igitur non diminuit de facultatibus suis, qui donauit, vel etiamsi diminuat, locupletior tamen non fit qui accepit, donatio valet*: quæ ratio non magis in fructibus, quàm in cæteris rebus recipienda est, siue donentur fructus, siue prædia, siue pecuniæ; quin imò sumus in diuersa specie, ad quam pessimè aptatur dicta lex 5. §.*final.* neque enim fructus donati sunt, sed prædium donatum est contra iuris regulas, quæ constitutæ sunt inter virum & vxorem: tunc quæstio est, an prædij donati fructus donatarius suos faciat; quo casu magis bonam vel malam fidem perspicimus, à qua fructuum acquisitio constat; & ipsorum fructuum propriam & genuinam naturam, & qualitatem, secundùm iuris regulas, quàm dictam legem 5. §. *fin.* quia non fructus donatos præsupponimus, quo casu fatemur licitam esse donationem; sed fundum, quo casu nullam donationem asserimus: hoc casu de fructibus qui expresè donati non sunt, quærimus, an donatarius suos faciat. Itaque *ex dict.l.*5. §.*fin.* nihil particulare debuerunt constituere Connanus, & Pinellus in donatione fructuum, nec *ex dict. l.de fructibus*, debuerunt deducere fructus fuisse donatos, sed fundum: verba eius hæc sunt: *De fructibus quoque*, inquit Vlpianus, *videamus si ex fructibus prædiorum, quæ donata sunt, locupletata sit, an in causam donationis cadant? & Iulianus scribit, fructus quoque, vt vsuræ, licitam habere donationem.* Ecce prædia fuerunt donata, quorum fructus inquirimus, an ad donatarium pertineant, quod longè abest à ratione dicti §.finalis *in dict.l.*5. vbi de fructibus constitui debet donatio, vt valeat, qui licèt donatarium faciant locupletiorem, donantem non faciunt pauperiorem, cui semper restat substantia sua integra, quantumvis fructus donet, *l.*5.*&* 6. *tit.*11.*part.*4. quod est exemplum elegans *ad dict.l.*5. ibi, *Esse mesmo seria ca valdria la donacion que fuesse fecha en alguna otra manera semejante destas*; vbi Gregorius Lopez, verbo *otra manera,* inquirit exempla, inter quæ aptissimè connumerabis fructuum donationem alicuius prædij, si hi fructus expresè donentur: nam si prædia donata sint extra regulam dictæ legis 5. §.*finali, de fructibus*, recurrendum est ad iuris regulas de bona & mala fide, in quo dicta lex *de fructibus*, ex diametro pugnare videtur cum dicta lege *fructus*, vbi fructuum acquisitio indistinctè non sustinetur, cùm naturales fructus, qui spontè proueniunt, possessor non faciat suos; species autem vtriusque responsi eadem est, ambo Iurisconsulti in eodem facto versantur, vterque præmittit non fructus donatos, sed prædia, ex quibus fructus percepti sunt, & in eadem specie Vlpianus licitam ait fructuum donationem, Pomponius non item, sed eorum duntaxat, quos industriales vocamus. Conciliatio illa placet, vt Vlpianus intelligendus sit iuxta distinctionem

Qqq

distinctionem Pomponij, vt licita sit acquisitio fructuum industrialium, non naturalium, vt dicta lex *de fructibus*, habeat locum in fructibus industrialibus, & de his loquatur: idque colligitur ex Vlpiano in comparatione fructuum & vsurarum, in quibus licitam esse ait acquisitionem; vsuræ enim cùm magis ad industriam, quàm ad naturam pertineant, vt comparatio, aut similitudo Vlpiani constare possit, intelligenda est de fructibus, qui ad industriam potius quàm ad naturam pertineant: ita intellexit Accursius ibi, & Bart. & Abbas *in cap. consultationibus, de iurepatronat.* iuxta quem sensum est intelligendus textus *in l.ex annuo, ff.eod.* vt procedat in industrialibus fructibus: vnde licèt donatio rei inter virum & vxorem non valeat, tamen fructus industriales lucratur coniux ex ea donatione, non verò naturales, ex *dict.l.fructus*; nec excludenda bona fides est, ex Pomponio, ibi, *sicuti neque cuiuslibet bonæ fidei possessoris*; breuiter enim ait Pomponius, in ea donatione interuenisse bonam fidem, effectum autem bonæ fidei non adscendere eò, vt fructus qui sine labore, sine opera tua, & industria proueniunt, omninò alienos lucrifacias. Indeque perperam colliges, non esse necessariam bonam fidem, vt industriales acquiras; neque enim sequitur, Bonæ fidei possessor non acquirit fructus naturales, ergo malæ fidei possessor lucratur industriales; pessima collectio est, dispar assumpti & collecti ratio; mala fides acquisitionem excludit, bona autem fides admittit, sed eorum, quos tuo cultu, operâ & diligentiâ acquisieris, non eorum, quos naturæ largitas præstitit: itaque in hoc casu, vbi de fructibus expressè non est facta donatio, sed de prædio aut fundo, necessariò est habenda ratio bonæ & malæ fidei, ad acquisitionem fructuum, contra Pinellum & Connanum, idque sensit Accursius, Bartolus, Abbas, & alij cordatiùs. Est contra eos expressè Vlpianus *in l.si vxor filio, ff.cod.de donationibus inter virum & vxorem*, ibi: *Quia nec ex re sua quicquam acquiri potest per eum qui donat, ei cui donatur; hoc enim bonæ fidei possessoribus concessum est.* Ecce quomodo bona fides in acquisitione fructuum industrialium ab Vlpiano exigitur, idque inter virum & vxorem.

Vnde si donatarius sciuerit donationem esse iure reprobatam, & contra leges & iura (quo casu in promptu est mala fides,) *l. si prædium, Cod.de prædiis minorum*, vix enim potest dici bonæ fidei possessor, qui quippiam habet contra iuris constitutas regulas, *l. quemadmodum, Cod. de agricolis & censitis, lib.*11.*l.si quis decurionum, Cod.de prædiis curialium sine decreto non alienandis*, vbi decurio non potest vendere immobilia sine decreto ex iusta causa alienationis, aliàs non valet venditio, & emptor perdit pretium, & restituit rem cum fructibus, & ibi Platea *notabili* 4. id notat, *l.iubemus nulli*, §.1. *Cod. de sacrosanctis Ecclesiis*, vbi cum fructibus, seu pensionibus vel accessionibus medij temporis vendicantur, *cap.si quis presbyterorum,de rebus Eccles. non alienandis*, ibi, *& vt cum fructibus possint alienata reposcere*: *l.*2. *Cod. si quis ignorans rem minoris: Si contra amplissimi ordinis*, inquit, *decretum possessiones tuæ distractæ sunt, conueni earum possessorem, vt si ita probaueris gestum, & possessio retrahatur, & fructus vniuersi reuocentur, si non bona fide emptorem fuisse qui emit, constiterit.* Glossa & scriptores in verbo *mala fides, in l.*1. *Cod.de fide instrumentor.& iure hastæ fiscalis, lib.*10. vbi qui non contrahit cum solennitatibus

requisitis

requisitis à iure, dicitur esse in mala fide, glos. Bart. *in l.2. verbo Occultè*, *Cod. de his qui ex publicis rationibus*, *lib.*10. glossa *verbo Clandestina*, *in cap. cùm inhibitio*, *de clandestina desponsatione*; fructus hos qui in consequentiam rei donatæ percipiuntur, non faciet suos, quia possessor malæ fidei est, idque constitutum est *in dict. l. de fructibus*, & *in l. si vxor filio*, *ff. eodem*, vbi apertè de mala & bona fide facta est distinctio ad acquirendos fructus in donationibus inter virum & vxorem. Vnde immeritò reprehendit Pinellus Ioannem Lupum de Palacios Rubios *in repet. rub.* §. 72. *num.*3. qui rationem habendam 23
existimat bonæ, vel malæ fidei in acquisitione fructuum. Pinellus enim vbi suprà, *num.*51. cùm teneat illam opinionem, licitam esse fructuum donationem, quia donantem non faciat pauperiorem, verè existimat in sua illa specie, in qua ipse versatur, non habendam rationem bonæ vel malæ fidei; sed Palacios Rubios loquitur in casu, in quo fructus particulariter non sunt donati, sed prædia: de fructibus prædiorum quæritur, in quibus non potest excludi consideratio bonæ, vel malæ fidei, quam Iureconsulti admittunt *in dict. l. de fructibus*, & *in dict. l. si vxor filio*, & admittit ratio iuris, quæ de bonæ & malæ fidei possessore circa fructus acquirendos constituta est, quam rectè sequitur Palacios Rubios, & immerito reprehendit Pinellus, quoniam diuersa facti species diuersam exigit iuris decisionem: neque quicquam facit lex *cùm hic status*, *ff. de donationibus inter virum & vxorem*, quia ex illa lege solùm colligendum est, donationes posse reuocari, quæ de validis, non de inualidis intelligenda est; quæ enim à principio non valent, nulla reuocatione egent. In his ad fructus lucrandos bonam vel malam fidem requirimus, quam in viro faciliùs quàm in vxore præsumemus; neque enim dicta lex *cùm hic status*, correxit totum ius de donationibus inter virum & vxorem: ideò Palac. Rubios *dicto num.*3. rectè allegat dictam legem *de fructibus*, & dictam legem *fructus*, & dictam legem *si vxor*; cùm enim, vt sæpè diximus, bona vel mala fides consistat in facto, non in iure, *d. l. bonæ fidei*, *ff. de acquirendo rerum domino*, nihil curamus titulum, sed conscientiam alienæ vel propriæ rei; vnde qui 24
habet titulum reprobatum à iure, potest habere nihilominus bonam fidem iuris ignarus: textus egregius *in l.2. C. si quis ignorans rem minoris*, ibi, *si contra Amplissimi Ordinis decretum*; & ibi, *si non bona fide emptorem qui emit, fuisse constiterit*; titulus enim illegitimus malam fidem, vt diximus, inducit præsumptam, quæ excluditur probata vera bona fide, quam mulier, rusticus, & vir iuris ignarus probare poterit ex variis circumstantiis. Bartol. & Angelus *in l. sed & si lege*, §. *scire*, *ff. de petitione hæredit.* Bald. *in cap. cùm super*, *de causa possessionis & proprietatis*; atque in hunc sensum accipienda sunt verba dicti §. *scire*, ibi, & *non puto hunc esse prædonem*, *qui dolo caret*, *quamuis in iure errauit*: nihil enim habet commune bona fides vera, cum mala fide præsumpta. Fateor errorem iuris malam fidem inducere præsumptiuè, sed vera bona fides in eo, qui ius ignorat, & dolo caret, præsumptam eam malam fidem excludit, *dict. l.2. Cod. si quis ignorans rem minoris*, qui est textus expressus; reliqua autem iura, quæ adduximus *num. proximo*, in mala fide præsumpta accipienda sunt, quod ferè tenent Baldus, & Salycetus *in dict. l.2.* Abbas *in cap. ad nostram*, *propè finem*, *de rebus Ecclesiæ*, Iason *in l.1.* §. *si vir vxori*, *num.*22. & *in*

l.3.§.ex contrario, ff.de acquir.possess. glossa *in l. de fructibus*, suprà *de donationibus inter virum & vxorem*, Romanus *singulari* 90. Paulus *in l. Celsus, ff. de vsucapion.* Batt. & reliqui *in dict.§.scire*, tenent Innocentius, Ancharanus, & Imola *in dict. cap. ad nostram*, qui extendunt ad errorem iuris resistentis actui de quo agitur; item vt vel res omnino prohibeatur alienari, vel prohibeatur certa dumtaxat solemnitate omissa: resoluit Couarruuias *lib.1. variarum resolutionum, cap.3.num.*8. pro quo est nobis textus elegans *in l.11. tit.14. part.2.* ibi, *Otrosi el que tal heredad comparasse, sabiendo que era de la yglesia, e non fiziesse la compra en la manera que se dize en las leyes deste titulo, deuela perder e cobrar la yglesia con los esquilmos que ende lleuo*: & ibi, *e si alguno la recibiesse a sabiendas en donadio, deue la entregar a la yglesia con todas las rentas que della ouo*: nota verbum *a sabiendas*, quod latinè est, *scienter*, quomodo scientiam requirit, hoc est, malam fidem veram, quæ non tantùm deducatur ex titulo reprobato, qui fictè mala fides censetur: ita communis & vera opinio distinguit inter malam fidem fictam, & veram; errorem iuris excusare ait ab hac mala fide, & meritò, vnde *in dict. §.scire*, verbum illud *prædonem*, interpretandum est verè, id est malæ fidei possessorem: ita interpretati sumus suprà, cùm de hoc verbo egimus, *cap.2. num.*17. contra quam opinionem immeritò tenet Pinellus doctissimus *in dict. l.2.in 2.parte cap.num.*34. omnia autem iura quæ adducit in contrarium, scilicet *dict. l.quemadmodum, Cod. de agricolis & censitis, lib.*11. ibi, *quia vix potest dici bonæ fidei possessor, qui aliquid mercatur, contra legum interdicta*; & *dict. l. si prædium, Cod. de prædiis minorum*, & *dict. l.si quis decurionum, Cod.de prædiis curialibus*, & *dict.l.1. Cod.de fide instrumentor. & iure hastæ fiscalis, lib.*10. & *l.iubemus nulli, §.1.Cod.de sacrosanct. Ecclesiis*, & *cap.si quis presbyterorum, de rebus Ecclesiæ non alienandis*, procedunt in mala fide ficta, quæ plurimùm distat à vera mala fide, quæ in facto consistit, nec ab ea excluditur, iuxta quem sensum intelligenda est lex 40. *titulo* 28. *part.3.* ibi, *la quarta es quando ganasse la heredad contra leyes de este libro*; vt qui titulum habet à iure reprobatum, præsumatur habere malam fidem, verè tamen habere possit bonam fidem, quæ restitutionem fructuum excludat, & ex circumstantiis rerum & personarum, quia bona, & mala fides facti res est, non iuris, vt diximus; nisi enim illa iura omnia scientiam illam præsumpsissent tituli reprobati à iure, nunquam inducerent restitutionem fructuum, *in dict.l.1. Cod.de fide instrum. & iure publicæ subhastationis*, ibi, *recissa venditione mala fide facta, easdem res recipies cum fructibus*; & rursus ibi, *quos ad emptorem mala fide peruenisse*: nota præter titulum illegitimum requisitam fuisse veram malam fidem, non præsumptam, ad restitutionem fructuum: quia ius ad hoc factum semper requirit: idem innuit textus *in dict. l.si quis decurionum, Cod.de prædiis durionum, lib.*10. ibi, *quod si quis contra vetitum occultis molitionibus per suppositas fraude personas*; nota ibi de fraude fieri mentionem, quasi præter illegitimum titulum fraudem lex requisierit: idem *in l. iubemus nulli, §.1. Cod. de sacrosanct. Ecclesiis*, ibi, *audaci spiritu & mente sacrilega*; quæ verba magis ad factum, quàm ad ius referenda sunt: idem *in c.si quis presbyterorum*, ibi, *quod si minore animæ suæ cura*; quæ verba solùm referre ad titulum illegitimum nemo cordatus audebit. Igitur iura hæc omnia ad fructus restitutionem

tionem præsumunt scientiam iuris reprobari; quæ tamen sæpe abesse potest, & probari ex circumstantiis regionis, temporis, & personarum. Alia autem iura, quæ addunt Pinellus, scilicet lex 2. *§. si à pupillo, ff. de vsucapionibus pro emptore*, lex *si vir vxori, ff. de donat.* lex *nunquam, ff. de vsucapionibus*, lex *potest*, lex *iusto, ff. eodem*, lex *iuris regula, ff. de iuris & facti ignorantia*, 4. & 7. denique omnia hæc iura pertinent ad vsucapionem, in qua dispar ratio est, atque in acquisitione fructuum: textus expressus *in dict. l. bonæ fidei, ff. de acquir. rer. domin.* sæpius allegata; vsucapio ibi perficiebatur apud Iureconsultos cum mala fide, acquisitio fructuum non item: denique iura illa non possunt ad hanc nostram acquisitionem fructuum allegari, & habent particularem rationem, quam alibi dicimus. Quod verò refert ipse Pinellus deducto 25
argumento ad inconueniens, quod fragile Dialectici censent, vbi agitur de elidendo argumento; qui enim argumentum proponit, inconuenientia asserit, quæ ex tali argumento nascuntur, & deriuari possint; ait enim quod cùm his iuris error probari debeat, reuera probari non possit, quod argumentum leuissimum est; error enim in omni genere probationis versatur, quæ probatio tam longè patet, quàm longè patent mores, consuetudines rerum, causarum & personarum qualitates: vide Bartolum *in l. non fatetur, ff. de con-* 26
fess. num. 12. qui ad hoc allegat legem *si adulterium cum incestu, §. primo, ff. de adulteriis*, vt ex qualitate facti, & personarum erroris resultet probatio; quin illud verissimum est, si cum iudicio expendamus iura, in dubio faciliùs præsumi errorem & ignorantiam iuris, quàm exactam cognitionem, quod aduertit Raphaël *in l. an inutilis, in principio, ff. de acceptilationibus*; adeò enim pro- 27
funda est hæc ipsa Iurisprudentia, adeò diuersis, secretioribus & occultis abdita & reposita locis, vsque adeò tenebroso quodam verborum rerumque inuolucro cooperta, & cæca caligine obducta, vt nunquam nisi viris apprimè eruditis, vario rerum & verborum præsidio instructis patuerit, vt obiter istos leguleos omittamus, qui vix puritatem sermonis latini ingressi, sine Philosophia laudandarum artium procreatrice, ad vnum aut alterum alphabetarium indicem oculos coniicientes, rudes, planè ignari, totam iuris ciuilis, eámque absolutam cognitionem temerè sibi pollicentur, immemores eius Seruij Sulpitij, quem *in l. 1. ff. de origine iuris*, legimus, cùm in dicendis causis primum locum, aut proximum pòst Marcum Tullium obtineret, quásque sine legibus tractare non poterat, vt ait Cicero *in oratione pro Cluentio*, obiurgatum fuisse & reprehensum à Quinto Mutio, quòd semel atque iterum responsum de amici rebus non intellexisset; reprehensionis causa ea fuit, quòd ius ignoraret in quo versaretur. Ex eo loco Accursius, & Zazius ibi colligunt, secuti reliquos iuris Interpretes, faciliùs esse vt præsumamus iuris ignorantiam, quàm notitiam; nam quod Cicero pro Murena aliàs scriptum reliquit, legalem disciplinam cognitu non difficilem, esséque gloriam si benè respondeas, sin malè, nullum subesse periculum, quia protinus subsit existimatio, quod in ius controuersum incideris; foro certè seruiuit Cicero, vbi sæpe non ex vera animi sententia multa dicuntur, sed quæ possint obcæcare iudices, & in causam propositam inclinare; commodo clientis addictus, non libero animi iudicio, quod verè non sentiebat euomuit Cicero, quod priuata vtilitas, &

cupido replendæ crumenæ quotidie facit: verba Ciceronis hæc sunt, libet addere, vt videas quàm antiquum sit, pessimum & iniquum iudicium, contra leges & iura prolatum, ex iure controuerso defendere; itaque inquit: *Si mihi homini vehementer occupato stomachum moueritis, triduo me Iureconsultum esse, profitebor enim quæ de scripto aguntur, scripta sunt omnia; neque tamen quicquam tam anguste scriptum est, quo ego non possim qua de re agitur addere; quæ consuluntur autem minimo periculo respondentur: si id quod oportet, responderis, idem videare respondisse, quod Seruius; si aliter, etiam controuersum ius nosse, & tractasse videare.* Hactenus Cicero. Videre mihi videor paucis verbis ingenium leguleorum nostræ ætatis suis coloribus depictum; sæpe enim videas iniquè & perperam contra leges & iura, & contra rei gestæ veritatem responsum; vtque authoritatem respondentis tueamur, ne viri alioqui graues, & publico iudicio probati ex ridiculo responso ridiculi fiant, ad ius controuersum, non ad iuris ignorantiam responsum referre necesse est: quod attinet ad Ciceronem, hæc facilitas iuris non est sibi ex vera animi sententia proposita, foro seruiuit, quod ille egregiè facere nouerat. Sæpè enim aliàs difficilem iuris artem profitetur, adeò vt ex libris dignosci non possit nisi præuio magistro & præceptore. Verum est inquit ille ad Trebatium, dignosci non posse sine magistro, difficilem esse. Scæuola item *in l. codicillis*, §. *Lucius*, *ff. de legatis* 2. Iureconsultos ait in condendis legibus nimiam, & miseram diligentiam adhibuisse, quæ latere posset facilè, etiam de ea solicitum. Passim quoque videas Iureconsultos pugnare, aliisque alia aliorum responsa probata, aliis reprobata; quod quidem nisi ex difficultate artis, in qua versantur, euenire non potest. Verissimum est, quod Aretinus scripsit *in l. sciendum*, *ff. de verbor. oblig.* quod solennitas contractuum, quæ est vnita vsui gentium, præsumatur esse nota vnicuique; non tamen idem fatendum sit in solennitate simplici

28 iuris ciuilis, quia talis non præsumitur cognita, nisi peritissimis: nemo ignorat viduæ, pupilli, Ecclesiæ rem sine consensu naturali transferri non posse; est enim solennitas naturalis; pauci sciunt quâ solennitate ciuili sint eorum bona alienanda. Sequitur Alciatus *regula* 3. *præsumptione* 10. *num.* 10. *vers. non obstat*, tenet Alex. *consil.* 103. *vol.* 1. quod non excusatur qui errat in iure notissimo & vsu publico recepto; quapropter in probatione huius erroris, & ignorantiæ plurimùm poterit bonus prudénsque iudex, qui ex causis, personísque variè constituet, secundùm Bartol. *in dict. l. non fatetur*; & Baldum *in dict. l. 2. Cod. si quis ignorans rem minoris*; vbi quod error iuris ex coniecturis, indiciisque constabit, vnde Alexand. *in l. 1.* §. *si quis ita*, *ff. de verborum*, ex qualitate personæ censet probari posse iuris errorem; ait enim in fœmina iuris ignorantiam & errorem faciliùs probari, quàm in viro: idem Aretinus *consil.* 17. *num.* 2. qui in illa muliere tolerat faciliùs hunc errorem quàm in Ioanne: idem in milite Bald. *in l. venditioni*, *Cod. de vsucapione pro emptore*, & *in dict. l. 2. Cod. si quis ignorans rem minoris.* Felin. *in cap. de quarta*, *de præscript.* Alciatus *dict. reg.* 3. *præsumptione* 30. *num. fin.* Carolus Molineus *in consuetudinibus Parisiensibus*, *tit.* 1. *part.* 1. §. 22. *num.* 42. & 54. ex quibus constat, quàm liberè doctissimus Pinellus constituat iuris errorem improbabilem; quodque ille de iuramento addit, longè aliter proponitur ab scriptoribus;

ſcriptoribus; non enim in hac vna re iuramentum proponitur, vnicum dumtaxat, & ſolum probationis genus; non tamen negari poteſt quod aliquando iuris hic error probari poſſit ſacramento eius qui in iure errauit, iuxta tradita à Doctoribus ſuprà, præſertim ſi errans eius ſit probitatis, neque abſint aliæ coniecturæ, vt ei fides habenda ſit, retenta regula legis *quæro, ff. de ædilitio edicto.* Quod verò ait Pinellus, decretum minorum adeò innoteſcere, 29
vt in eo error tolerari non poſſit, non diffitentur id Doctores; talem tamen errorem ex cauſis, perſonis, vſu, & conſuetudine aut abiiciunt, aut recipiunt, idque probatur *in dict. l. 2. in 2.part. Cod. ſi quis ignorans rem minoris*, & ſentit Molineus *dict. num.* 54. & reliqui, quærentes veram malam fidem, quam ſuo nomine poſitiuam vocant, non fictam, quam multipliciter elidi poſſe conſtat. De hac vera bona fide eſt dicta lex 2. *in 2.parte*, quæ verificabitur in emente rem minoris, vel ab ipſo minore, vel à tertio, qui emerat à minore, ſi bona fide id facit, vndecumque bona illa fides procedat; bona enim fides tota ratio eſt acquirendorum vel amittendorum fructuum induſtrialium, non titulus iuſtus, vel iniuſtus, legitimus, vel illegitimus, cùm ſine titulo hæc mala fides reperiri poſſit, vt dicemus; quod etiamſi hæc non aduerterint Pinellus & Molineus *vbi ſuprà*, debuerunt certè aduertere, poſtquam ſatis intellexerunt hanc de bona & mala fide diſtinctionem. Melius ergo doctiſſimus Couar. ad hoc aduertit *in dict. cap. 3. num.6. ad fin.* vbi contra Molineum tenuit: doctiſſimum autem Couarruuiam immeritò reprehendit Pinellus *num.16.* ex fundamento fragili; nam quamuis in ſucceſſore probabiliores ſint cauſæ ignorantiæ, quàm in contrahente, *ex l.bonæ fidei, ff.de acquir. rerum dominio*. ibi, *ab eóque poſtea alienata bonæ fidei emptori*, & ex regula legis *qui in alterius, ff.de regulis iuris*; tamen ſi idem iuris error reperiatur in emente ab ipſo minore, quod fieri poſſe latè adduximus, quid vetat, bonam illam fidem prodeſſe ad fructus lucrandos, iuxta communem opinionem: namque enim aptè colligitur, vt qui emit à ſucceſſore, propter ignorantiam præſumptam ſucceſſoris præſumatur bonæ fidei: ergo qui emit ab ipſo minore verè eſt malæ fidei, quia bonæ fidei eſſe poteſt ex circumſtantiis temporis, loci perſonarum, ex qualitate negotij & cauſæ, de qua agitur, ex his quæ diximus. Cùm ergo agnouerint hanc ipſam diſtinctionem malæ fidei fictæ & veræ, agnoſcere item debuerunt verum & planum ſenſum *ad dict.l.2. Cod.ſi quis ignorans rem minoris, in 2.part*; in ipſo enim iuris errore non dubium eſt, quin plurimùm poſſit tempus, ſexus, qualitas perſonarum, & loci; aliud de ruſtico, aliud de milite, aliud de fœmina, aliud de iuris perito, aliud tempore belli, aliud pacis, aliud ruri, aliud in ciuitate exiſtimare debemus potuiſſe geri, fieríve, de quo Bald. & Paul. *in l.emptor fundi, ff. de vſucapione pro emptore*, Aretinus *in l.quod vxor, ff. de acquir. poſſeſſione, l.cùm de indebito, ff.de probationibus*, ibi, *& maximè ſi is qui indebitum dediſſe ſe dicit, homo diligens eſt & ſtudioſus paterfamilias, cuius perſonam incredibile eſt, in aliquo facilè erraſſe.* Itaque ex his circumſtantiis, quæ incidunt in omne genus cauſæ, induci poteſt bona fides vera, in qua poſſit verificari dicta lex 2. *in 2. parte*, non ſolùm ſi ab eo emas qui à minore emit.

Namque ſi vera eſſet noua illa opinio Pinelli, vt iuris error non excuſaret,

&

& omnino eliderct veram bonam fidem positiuam, ex eo quia ius est, quod ignorari non possit, tam ea opinio militaret in iure agnito & manifesto, quàm in obscuro & controuerso; neque enim obscuritas iuris ex iure nascitur, sed ex sententiis interpretum varia opinantium; ius enim semper certum est, & certa semper decisio legis, anceps tamen fit ex ancipiti acceptione & intellectu interpretantium; neque enim probabile est voluisse legum conditores dubio responso veluti Apollinis oraculum consulentes ambigua responsione decipere: certus fuit legis condendæ scopus & finis, certa dubitatio, quam lege lata diluerent; verborum autem multiplex interpretatio sæpè facit à vero sensu deuiare. Cùm ergo certa semper sit lex, nunquam ex Pinello impunè
30 contingeret iuris error: at verò satis constat iuris ambigui errorem, & controuersi nil nocere ad fructus lucrandos & adquirendos, quod receptissimum est ex his quæ ipsemet Pinellus refert *num.* 40. & doctissimus Couarr. *in reg. possessor*, 2. *part.* §.7. *num.*9. celebris est glossa *in* §. 1. *Institutis de obligationibus, quæ ex quasi delicto nascuntur*, quam Baldus & alij notant ad hoc, quam ipsi adducunt post alios; iuris enim error obscuri & ambigui similis est facti errori, DD. *in cap. cùm dilectus, de consuetudine*, Abbas *in capit. Apostolicæ, num.*2. *de donationibus*, Capycius *decisione* 69. *num.*24. Socinus *in rubrica ff. de rebus dubiis*, Curtius Iunior. *consf.*28. *num.*8. ex ambiguitate causæ & iuris solent prudentes Senatores Principem consulere, aut litigantes ad concordiam compellere. Matthæus de Afflictis *lib.*1. *constitut. Neapolit. rubr.*34.& ex obscuritate iuris fit diuisio per medium, glossa *in l. Nesennius, ff. de neg. gestis*, Boërius *decisione* 149.*num.*22. *&* 42. Tiraquellus *de primogenio, quæst.*17. *in* 4. *opin. num.* 9. *& seq. l. & hoc Tiberius* 41.*ff. de hæredibus instit. l. sed & si lege*, §. *adeo*, & excusatur iudex in errore iuris obscuri, *dict.glos.in* §. 1. *Institut. de obligationibus quæ ex quasi delicto*, Bald. *in l.mancipia, num.*2. *Cod. de seru. fugitiuis*, & prodest ignorantia huius iuris ad restitutionem, ex Abbate *vbi suprà*. Igitur ex his circumstantiis habere quis potest veram bonam fidem, etiamsi in iure erret, ac subinde fructus sibi conseruare, etiamsi reprobatum à iure habeat titulum: quod senserat Ioan. Lup. de Palac. Rub. *dict.n.*3. quem malè ibi reprehendit Pinellus: sensit Couarruuias doctissimus *vbi supr.* dum explicat dictam legem 2.*C.si quis ignor.rem minor. in* 2.*part.*contra Molineum, quem cum dicto Couarruuias relinquere poterat idem Pinellus ex his quæ diximus, quod quoniam bona, vel mala fides vera plurimùm distant à titulis legitimis, vel illegitimis, à iure reprobatis, vel probatis, mala fides sæpissimè reperitur cum titulo à iure probato & legitimo, & bona sæpe cum titulo illegitimo & reprobato, *dict. l.*2. *in* 2. *parte, dict.l.si vxor, dict. l. de fructibus, dict.l.fructus, ff. de vsuris, dict.l. bona fidei emptor, dict. l.*1. *Cod. de fide instrum. & iure pub.subhast. dict.l.si quis decurionum, Cod.de prædiis decurionum, lib.*10. *dict.l. iubemus nulli*, §.2.*Cod.de sacrosanct. Eccles. dict.cap.si quis presbyterorum, de rebus Eccles. dict.l. qui scit, ff.de vsuris, dict.l. sed & si lege*, §.*scire, ff. de petit. hereditat.* vbi verbum illud *prædonum*, interpretandum est contra Pinellum pro malæ fidei possessore, iuxta ea quæ tradidimus *cap.*2. *num.* 17. *dict.l. quemadmodum, Cod. de agricolis & censitis, dict. l.*39. *titul.* 28. *part.*3. hæc omnia iura cum titulo illegitimo bonam fidem admittunt; quæ autem maximè pro

Pinello

Pinello faciunt, ea dumtaxat præsumptam & fictam malam fidem inducunt, quam vera bona fides probata ex circumstantiis legitimis verè excludit, vt diximus.

Alia iura adducit Pinellus pro sua opinione, quæ pertinent ad vsucapionem, *l.2. §. si à pupillo, ff. de vsucap. pro emptor. l. si vir vxori, ff. pro donato, l. nunquam, ff. de vsucapionibus*, vbi nunquam iuris error possessoribus prodest, *l. potest, l. iusto, ff. eod. l. iuris regula, ff. de iuris & facti ignorantia*, 4. & 7. Hæc facili, vt diximus, negotio elidi possunt, ex regula dictæ legis *bonæ fidei emptor, ff. de acquirend. rerum domin.* quæ est fundamentum totius huius disputationis; admittit enim malam fidem cum vsucapione, atque vsucapionem totam ius esse, & à iure dependere; quare nihil mirum si à iuris errore destruatur, cùm iure debeat subsistere, & ab eo vires capiat. Præterea illa omnia iura procedunt in vsucapione ordinaria, ad quam titulus est necessarius, *l. Celsus, ff. de vsucapionibus, l. nullo, Cod. de rei vendic.* vbi Bart. nam longi temporis præscriptio triginta vel quadraginta annorum titulum non requirit, *l. omnes, Cod. de præscript. triginta vel quadraginta annorum*, quod habet locum in rebus quoque Ecclesiæ, *cap. placuit, §. potest 16. quæst. 3. cap. si diligenti, capit. sanctorum, de præscriptionibus*, Bald. *de præscriptionibus 2. parte, partic. 3. quæst. 6.* & *in 2. parte, partic. 4. quæst. 22.* Couarr. *in regula possessor, 2. parte, §. 5. in principio*, vbi latissimè, ex quo iuris principio necessariò sequitur, bonam fidem veram cum titulo illegitimo, & probato, non fore sufficientem ad vsucapionem ordinariam, cùm titulum requirat, *dict. l. nunquam, ff. de vsucapion. Nunquam*, inquit Paulus, *in vsucapionibus iuris error possessoribus prodest, & ideo Proculus ait, si per errorem in initio venditionis tutor pupillo author factus sit, vel post longum tempus venditionis peractum, vsucapi non posse, quia iuris error est.* Vide Accursium *verbo factus sit*: facti autem error non impedit vsucapionem, *l. 2. §. si à pupillo, ff. de vsucap. pro emptore*, vbi apertè hoc discrimen constituit Paulus. *Si à pupillo*, inquit, *emero sine tutoris authoritate, quem puberem esse putem, dicemus vsucapionem sequi, vt hîc plus sit in re quàm in existimatione: quod si scias pupillum esse, putes tamen pupillis licere res suas sine tutoris authoritate administrare, non capies vsu, quia iuris error nulli prodest.* Hæc Paulus: vbi autem concurrit vtrumque, scilicet iuris error, & facti, attenditur magis causa, quæ prosit, quàm quæ noceat. Ita intelligendus est textus *in l. si vir vxori, ff. de vsucapione pro donato*, vt aduertunt Bart. & Scriptores ibi, & *in l. in venditionib. C. de vsucap. pro emptore*, & Cinus ibi, *quæst. 4.* Alciatus *præsumptione 30. regula 1. num. 3.* Dinus in regula possessor, *ff. de regulis iuris, num. 40.* verè enim *in dict. l. si vir vxori*, quicquid dicat Paulus de Castro *in d. l. nunquã*, atque eum secutus doctissimus Couarr. *in d. regula possessor, part. 2. §. 7. n. 10.* duplex extitit error, scilicet facti & iuris; alter in eo versatur, quia contrahentes existimarunt rem donatam à viro fieri vxoris, hoc est valere donationem inter virum & vxorem, contra notissimas iuris regulas; alter in eo versatur, quia donatarius existimauit errans, rem donatoris fuisse, qui error in facto consistit: Iureconsultus ait, si pauperior is qui donasset, non fieret, vsucapionem procedere; ideò autem Pomponius Iurisconsultus existimare potuit, donatorem non fuisse factum pauperiorem, quia proposuit rem alienam

Rrr dona

donatam; ex quo patuit, licèt contrahentes existimauerint donationem valere inter virum & vxorem, errantes in iure, in ea specie particulari rectè censuisse donationem eam esse validam, quia donatarius donans rem alienam, pauperior non est effectus, quo casu valida est donatio, *dict. l. 5. §. fin. ad fin. ff. de donationibus inter virum & vxorem.* Itaque verè *in dict. l. si vir vxori*, duplex extitit error, & facti, & iuris; sed error iuris generalis, quem contrahentes conceperant, purgatus est ex particulari ratione donationis factæ, quia donatio rei alienæ non fecit pauperiorem donantem; ideò donatio mero iure valuit, licet contrahentes generaliter conceperint donationem inter coniuges valuisse: ex qua ratione constat, ibi vnicum errorem repertum fuisse, scilicet facti, non iuris, quia verè donatio valuit, & colligi potest ex hoc sensu, qui est ad literam, rectè sensisse D. Couarruu. contra communem, vbicumque adsit iuris error, non conseruari vsucapionem, etiamsi adsit simul facti error, *ex dicta l. nunquam*, & ita adhuc existimamus ex hac ratione rectè in casu dictæ legis *si vir vxori*, rectè sensisse Paulum de Castro, & Dominum Couarr. in eo saltem, quod communis opinio, quæ tenet, concurrentibus errore facti & iuris, magis attendendum esse ad errorem facti, qui prodest, quàm ad errorem iuris, qui nocet, non possit deduci *ex dict. l. si vir vxori*, vbi donatio verè valida fuit, isthúcque poterunt Dominus Couarr. & Paulus deducere: an verò illa communis probetur ex aliis iuribus, illud modò non disputo: sat sit ostendisse, in vsucapione aliam esse rationem bonæ & malæ fidei circa titulos legitimos, aut illegitimos, probatos aut improbatos, quàm in acquisitione fructuum, vbi meram animi conscientiam inquirimus & indagamus, neque posse aptè iura de vsucapionibus applicari fructuum acquisitioni.

Vnde quia in vsucapione ordinaria, quæ titulum exigit, error iuris nocet,
34 multò fortiùs id recipiendum est in errore iuris qui resistit actui de quo geritur, quod tenet Paulus *in dict. l. Celsus*, & ibi Bart. *ff. de vsucapionibus*, Iaf. *in l. si quis id quod, notabili* 8. *ff. de iurisdictione omnium iudicum.* Bart. *in dict. l. quemadmodum, Cod. de agricolis & censitis, lib.* 11. Cardinalis *in Clem.* 1. *§. si quis, quæst.* 2. *de rebus Ecclesiæ non alienandis*: quod ad acquisitionem fructuum, de qua agitur, nihil pertinet; quantumvis enim errem in iure resistente, si bona fide vera id ago, fructus facio meos, ex Innocentio, Ancharano, Cardinale, & Imola *in dict. cap. ad nostram, de rebus Ecclesiæ non alienandis*, atque ex iuris ratione quam adduximus; quia vera bona fides esse potest cum titulo reprobato & illegitimo, cui resistat ius; idque tenendum est contra sententiam receptam, quam tradit Couarruu. *variar. lib.* 1. *cap.* 3. *num.* 8. & reliqui, ex distinctione malæ fidei veræ & fictæ, quæ diuerso iure censentur, *ex dict. l. bonæ fidei emptor*, & *dict. l. qui scit*, & aliis iuribus, quæ ad hoc notauimus suprà; ita vt liqueat contra Pinellum errorem iuris non protinus inducere malam fidem sufficientem ad fructus restitutionem, quia cum errore iuris potest subesse bona fides vera, quæ huiusmodi restitutionem exclúdit. Ex quibus temperabis ipsummet Couarruu. *dict. cap.* 3. *num.* 9. & Carolum Molineum *dict. num.* 54. *§.* 22. semper enim obseruandum est, differre bonam fidem à titulo & errore iuris, cùm is qui in iure errat, etiam resistente actui de

de quo agitur, possit habere verè bonam fidem; & is qui in iure non errat, sed legitimè contrahit, possit habere malam fidem veram. Vnde quia bona, vel mala fides vera, non ficta inducunt restitutionem fructuum, *dict. l. qui scit, dict. l. bonæ fidei emptor*; dicendum verè est, & ex fundata iuris ratione, quicquid dicant Pinellus, Molineus, Couar. *vbi suprà*, probata vera bona fide nunquam ex præsumpta inducendam esse restitutionem fructuum, in vsucapione autem ordinaria magis esse expectandos titulos, quia vsucapio tota in iure, non in facto versatur: quæ iura non debuit Pinellus ad acquisitionem fructuum adducere, cùm aliud agant.

At verò *ex dict. l. 2. si quis ignorans rem minoris, in 2. parte*, cum glossa *ibi*, quatenus iuris error excusat & prodest ad acquisitionem fructuum, opportunè colligendum est, talem iuris errorem non excusare, neque iure Iurisperitorum, Bald. *in l. 4. Cod. de vsucap. pro emptore*; quod tamen in iure variè interpretato, & in multiplici legum sensu non procedit, vti proximè dicebamus: profitenti autem aliquam artem, si in eadem se circumuentum asseueret, non est credendum; quod si restitutionem petat in integrum sibi concedi, deneganda illi est: glossa celebris ad hoc *in l. professio, Cod. de muneribus patrimonialib. lib.* 10. quam variè commendant præter Pinellum *vbi suprà, num.* 41. qui neminem adducit, Albericus & Angel. *l. 1. §. pueritiam. ff. de postulando.* Faber & Christophorus *in §. 1. Inst. de legitima patronorum tutela*, Bart. Bald. & Socin. *in l. 1. qui & aduersus quos*, Angel. *in l. sed & reprobari, ff. de excusatione tutorum*, Salicet. *in l. 1. qui, & aduersus quos*, optimè Iason *in l. eam quam, Cod. de fideicommiss. num.* 15. omnes hi vno ore fatentur, Doctorem minorem viginti quinque annis, non restitui ex hoc capite, nempe ex iuris errore & ignorantia; in hac enim restitutione Doctor, aut Iurisperitus allegaret turpitudinem suam, cùm sit turpe viro patritio ignorare ius in quo versatur. Facit lex *si quis ex argentariis, §. Prætor ait, ff. de edendo.* Facit lex 3. *Cod. si minor se maior.* & qui ius profitetur, verè profitetur quandam diuinarum & humanarum rerum cognitionem, *l. iustitia, §. iurisprudentia, ff. de iustitia & iure*, & qui se iuris peritum asserit, oraculum se profitetur totius ciuitatis, Cicero *lib. 1. de Oratore*, & paulò inferiùs: *Sin autem quæreretur*, inquit, *quisnam iuris peritus verè nominaretur, eum dicerem, qui legum & consuetudinis eius, quâ priuati in ciuitate vterentur, & ad respondendum, & ad agendum, & cauendum peritus esset.* Hæc Cicero. Prædicta autem glossa fundat se in præsumptione doctoratus, nihilque aliud continet quàm præsumptionem iuris, vt Doctor in iure minimè se circumuentum in iure possit allegare, quod & in aliis artificibus recepit pragmatica 85. Pintiæ, anno millesimo quingentesimo trigesimo septimo. Procedit ergo glossa in casu restitutionis petitæ à minore Doctore, non probata læsione verè, sed in casu præsumpto; in dubio enim, an minor Doctor, læsusne sit, necne, putà ex allegatione omissa, duæ præsumptiones oriuntur, quæ mutuò pugnant, & certant; imò si verè dicendum est, mutuo concursu sese elidunt, iuxta legem *Diuus, ff. de in integr. restitut.* Altera nascitur ex Doctoratu, quæ dictam allegationem consultò fuisse omissam indigitat; altera verò resultat ex omissione allegationis planè omissæ. Itaque in dubio magis est vt denegetur restitutio, quæ in hoc concursu solùm minore

ætate restat subnixa, quia minor ætas sola non est sufficiens sine plena læsionis probatione ad restitutionem impetrandam. In hoc casu procedit glossa ibi, *læsionem præsumptam eneruat præsumptio scientiæ*; at verò extra casum præsumptionis, si læsio plenè & legitimè probetur, vel de dolo constet, cùm nullus sit locus præsumptioni, restituendus est Doctor, idémque minor viginti quinque. Ita tenet Iacobus Butrigarius, & videtur tenere Bald. *in dict. l. 1. Cod. qui & aduers. quos*, vbi glossa idem tenet, & Paul. Cùm enim cesset præsumptio, non est locus coniecturis; ideò deneganda non est restitutio, vulgari *l. continuus*, *§. ita tamen*, *ff. de verbor. oblig.* Facit dicta lex 1. *qui & aduersus quos*, quæ in simili præsumptione fundatur. Facit lex 1. *ff. de minoribus*, ibi, *quamuis rem suam bene gerentibus*; neque hic allegat turpitudinem suam, ex his quæ diximus de magnitudine iuris scientiæ. Præterea si dolum aduersarij obiiciat, qui si in facto fuerit circumuentus, multò magis restituetur, quia in hoc imperitissimi esse solent qui iuris maximè periti sunt; vincit enim Salmantinam, & Bituricensium Iurisprudentiam vnius mercatoris Cremensis astutia. Facit lex *error*, *Cod. de iuris & facti ignorantia*; & qui ius in pectore totum præsumitur habere, astutias istas ignorare præsumitur, *cap. 1. de constitut. lib. 6.* Iuxta hæc intelligendum est Baldi dictum celebre *in l. 2. §. Seruius*, *ff. de origine iuris*, quod redhibitoria actu cessat, vbi mariscalcus emit equum morbosum; nam ex superioribus intelligendum est, quatenus iuris beneficio gaudeat, quod & Plato tradebat de Medico emente seruum ægrotum, *de legibus lib. 2.* In hac autem causa restitutionis tali Doctori, quantumvis publicè approbato, datur curator ad agendum. Bald. *in l. sed etsi miles*, *§. iam autem*, *ff. de excusatioribus tutor.* Angelus *in dict. §. pueritiam*, Christophorus *in dict. §. fin. institutis de fiduciaria tutela*: & hæc adnotauimus circa materiam hanc de iuris errore. Descendebant autem omnia ex illa reprehensione Pinelli contra Ioannem Lupum de Palacios Rubios, qui in rubrica existimarat, & rectè, reperiri veram bonam fidem, quæ præualeret aduersùs malam fidem præsumptam; idque *dict. §. 72. num. 3.* & allegat dictam legem *de fructibus*, & legem *fructus*, & legem *si vxor filio*, & potuit allegare reliqua iura, quæ nos superiùs adduximus, præcipuè dictam legem 2. *Cod. si quis ignorans rem minoris*, *in 2. parte.* & dictam legem *bonæ fidei emptor*, & dictam legem *qui scit*, cum reliquis iuribus, quæ bonam fidem veram, aut malam exigunt ad acquisitionem fructuum. In reuocatione autem donationis factæ de donatione facta inter coniuges, quod non retrotrahatur ad fructus industriales, qui bona fide percepti sunt, cum Pinello *vbi suprà*, tenendum est contra Ioannem Lupum de Palacios Rubios *dict. §. 72. num. 1. vers. item intellige nisi donator*; idque *ex dict. l. fructus*, & *l. de fructu*, & *dict. l. si vir vxori*, quæ sunt iura expressa, vt possessor bonæ fidei verè faciat fructus industriales suos, non verò naturales; quem possessorem bonæ fidei latè probauimus reperiri posse cum titulo à iure reprobato, imò sine titulo, quod inferiùs dicemus, quia bona fides in facto, titulus in iure consistit; quod quidem Pomponius latè asseruit *in dict. l. fructus*, *ff. de vsuris*, *l. de fructibus*, *l. si vxor*, *l. ex annuo*, *iuncta l. qui scit*, & *l. bonæ fidei*, de quibus suprà.

Semper igitur bonæ fidei possessor fructus industriales suos facit, quæ fuit

nostra

nostra conclusio, à qua digressi sumus; naturales non item, contra quam conclusionem est Paulus *in l. bonæ fidei, ff. de acquir. rer. dominio*, cuius verba sunt, *Bonæ fidei emptor non dubiè percipiendo fructus, etiam ex re aliena, suos interim facit, non tantùm eos qui diligentiâ & operâ eius prouenerunt, sed omnes: quia quod attinet ad fructus, loco domini penè est.* Hæc Paulus, ex quo dicere poteramus, bonæ fidei possessorem non solùm fructus industriales suos 35
facere, sed omnes, quia respectu fructuum dominus est. Pinellus fatetur ex iuribus, scilicet *ex l. fructus, ff. de vsuris*, quæ lex fuit fundamentum nostræ conclusionis, & *ex dict. l. bonæ fidei*, colligi antinomiam, *vbi suprà, num.* 37. adeò sibi pugnare visæ sunt. Ego quoties diuersam iuris, aut facti circumstantiam in iuribus reperio, protinus mecum constituo procul ea iura abesse ab antinomiæ vera ratione, vt dixi suprà isto capite, in conciliandis dictis iuribus. Accursius in locis suprà adductis, scilicet *in dict. l. fructus*, & *in dict. l. bonæ fidei*, & *in dict. §. si quis à non domino*, & *in dict. l. & ex diuerso*, & *in §. 22. Institutis de officio iudicis*, ait seruandam esse distinctionem Pomponij, & Paulum esse intelligendum de fructibus industrialibus; quæ interpretatio est Floriani, Baldi, Fulgosij, & Salyceti *in dict. l. fructus*, Angeli *in dict. §. si quis à non domino*, Alexand. *in l. maritus, ff. ad l. Falcid.* communem dicit Igneus *in l. 3. §. si conditioni, num. 40. ff. ad Syllanianum*; & quia contra hos sunt verba expressa *in dict. l. bonæ fidei*, ibi. Sed omnes intelligunt verbum illud, scilicet fructus, eos, quos bonæ fidei possessor non solùm suâ operâ, & diligentiâ acquisiuit, verùm etiam quos percipit alienâ operâ & diligentiâ; & ita semper tribuit bonæ fidei possessori hæc opinio industriales fructus, naturales non item. Ex nouioribus tenent hanc Balduinus & Baro *in dict. §. si quis à non domino*, & Copus *de fructibus, lib. 2. tit. 4. cap. 6.* hanc interpretationem reprobat Pinel. & meritò *vbi sup. dict. num.* 54. quia verbum *omnes*, ad fructum est referendum, & ex ratione quam subiungit, quia loco domini est; item ex natura aduersatiuæ, quæ vt aduersetur, de reliquis fructibus intelligenda est. Alij aliter interpretantur, Loriotus *dict. axiomate* 47. distinguit inter bonæ fidei possessorem, & bonæ fidei emptorem, vt vtrumque Iureconsultum conciliet, quòd in emptore duplici tempore requiratur bona fides, & contractûs, & traditionis; in aliis non item. Hunc reprobat Pinell. *dict. num.* 57. alij distinguunt inter titulum onerosum, & lucratiuum, alij distinguunt inter acquisitionem perpetuam fructuum, & reuocabilem; quas sententias refert & refutat idem Pinellus vbi suprà *dicto numero* 47. *&* 48.

Vera solutio ea videri potest ex his, quæ diximus de bona & mala fide, quam tradit Bart. *in dict. l. ex diuerso, num.* 5. quòd lex *fructus* loquatur in bonæ fidei possessore sine titulo, vt is fructus naturales non faciat suos: lex *bonæ fidei*, in possessore bonæ fidei cum titulo legitimo, vt is naturales faciat suos. Tenent hanc Angelus *in dict. l. ex diuerso*, Albericus *in dict. l. fructus*, Abbas *in cap. grauis, num. 4. de rest. spoliat.* ex nouioribus Couarruuias *lib. 1. variar. cap. 3. num. 6. versic. his sanè præmissis*, & *versic. secunda conclusio*, Costalius *in annotat. dict. l. fructus*, qui allegat Ferretum. Hæc opinio, quia mihi verissima est, fundatur & ratione, & iure. Ratio ea est, quia bona fides,

 quæ

quæ in facto consistit, non potest vltra factum ascenderere ad ea quæ sunt iuris; neque enim quisquam potest rem omnino alienam sine iuris præsidio adquirere; illud enim iuris beneficium est, quò non potest adscendere sola bona fides, quæ in facto consistit, separata à iure, hoc est, à legitimo titulo. Itaque possessor bonæ fidei sine titulo legitimo, hoc est iure cognito, cùm stet in terminis meri facti, hoc est, in iudicio animi sui secretiore, quo iudicat rem illam ad se pertinere, ita in facto fructus eos acquirit, qui item facto suo, operâ, & diligentiâ ex re proueniunt, non reliquos, qui vt acquirantur, indigent iuris præsidio: at verò in possessore bonæ fidei cum titulo legitimo, & iure cognito duplex præsidium est, duplex fauor, duplex acquisitionis causa, factum & ius; illud consistit in vera conscientia rei propriæ, hoc in titulo legitimo & iure cognito. Nil mirum ergo, si præter fructus industriales, naturales quoque acquirat; eos enim sibi factum suum præstat, hos ius tribuit. Quæ ratio mouere potuit & debuit Iurisconsultos, vt in acquisitione fructuum industrialium, & naturalium ita distinguerent, estque elegans ratio, & fortis, eaque perpetuò obseruata fuit à Iureconsultis: primùm *in dicta l. fructus*, & *in dicta l. bona fidei emptor*; præterea apertissimè *in l. liber homo, ff. de acquirendo rerum dominio*, ibi: *Quia nec ex re mea, neque ex operis suis id fit, neque vlla eius opera esset in legato*: *l. qui bona fide, ff. eodem*, ibi: *Alienus seruus duobus bona fide seruiat, & ex vnius eorum re acquirat, rationem facere, vt ei duntaxat in solidum acquirat.* Hæc Vlpiani ratio illa non potest esse alia, quàm quæ adducta nobis est, neque in his iuribus de titulo aliquo fit mentio, *l. seruus, 43. ff. eodem, §. idem placet, Institutis per quas personas nobis acquiratur, l. 1. Cod. de rei vendication. §. si quis à non domino, Institut. de rerum diuisione*, qui est textus expressus; nec mirum videri debet alicui, reperiri possessorem bonæ fidei sine titulo, quod iam impossibile visum est Innocentio & Baldo *in capit. per tuas, de testibus*, & Pinello *vbi suprà, num. 56.* qui semper confugit ad errorem facti, perpetuus in sua illa opinione; vix fieri posse, vt reperiatur error iuris sine mala fide, quod supra latè refutamus ex pluribus Iureconsultorum responsis. Qui tamen in hac sunt opinione, parum aduertunt hodie præscriptionem non perfici mala fide interueniente, compleri autem vsucapionem sine titulo, vt videas quàm longè distent, postquam alterum, dempto altero, consistere potest, ex quo patet, dari posse bonæ fidei possessorem sine titulo; in acquisitione fructuum plura exempla, & in vsucapione posuit Couarruuias doctissimus *in regula possessor, parte 2. §. 8. per totum.*

36 (margin, beside "cto suo, operâ") — see text above.

37 (margin, beside "tus expressus") — see text above.

Inde est, vt à bonæ fidei possessore sine titulo extantes vendicentur directò, quoniam naturales fructus nunquam fecit suos, consumpti autem petantur condictione sine causa; at verò à possessore bonæ fidei cum titulo, quia suos facit, extantes non vendicantur directò, petuntur autem officio iudicis, ex æquitate, *l. si me & Titium, ff. si certum petatur*, consumpti autem non petuntur, nisi quatenus locupletior factus est, idque condictione sine causa, ex æquitate prædicta. Hæc est sententia Bartoli, quem omnes à tempore suo sunt secuti: ita Fulgosius *in dicta l. fructus, num. 10.* Paulus de Castro *in dicta l. quod vxori, ff. de acquirend. possess.* resoluit communem & receptam Dominus

minus Couarr. vbi suprà, *lib.1. cap.... n.6.* qui sensus ne videatur diuinatorius ad iura illa duo, aduerte *in d. l. bonæ fidei*, verbum illud *emptor*, vbi titulus est emptionis; at verò *in dict. l. fructus*, licèt interueniret titulus donationis, illa tamen donatio erat improbata à iure, quia inter virum & vxorem, & ita erat pro non titulo, *ex l. quoties, ff. qui satisd. cog.* Quoties, inquit Iureconsultus, iniquè vel vitiosè cautum ac satisdatum est, ita est ac si neque cautum, neque satisdatum esset. Neque quicquam faciunt, retenta opinione Bartoli, verba Iureconsulti ad finem *in dict. l. fructus*, ibi, *sicuti nec cuiuslibet bonæ fidei possessoris, quia non ex facto eius fructus is nascitur*; verba enim hæc magis confirmant hanc interpretationem, quia Iureconsultus apertè fructus, qui non nascuntur ex facto bonæ fidei possessoris, bonæ fidei possessori non tribuit; item verba illa *cuiuslibet*, &c. non significant omnem possessorem bonæ fidei indistinctè, sed nec quemlibet; quasi dicat apertè, non cuiuslibet bonæ fidei possessoris est, vt acquirat fructus naturales, sed eius solùm qui habeat præter bonam fidem titulum legitimum. Sic dicimus non esse cuiuslibet adire Corinthum, sed eius dumtaxat, qui decem talenta numerare possit, vt est in prouerbio; nec quælibet exhæredatio potest excludere filium, sed ea quæ rectè & ritè facta reperiatur; ita & in casu nostro poma sponte nascentia non fiunt huius bonæ fidei possessoris, sicuti neque cuiuslibet, sed eius dumtaxat, qui & bonam fidem, & titulum habeat legitimum. Præterea certum est reperiri bonæ fidei possessorem sine titulo, vt latè probauimus, quod forsan adduxit Pinellum in contrariam opinionem, vt patet *dicto num. 56.* qui nullum satis vehemens argumentum adducit contra hanc opinionem.

Eâ autem retentâ, quæ retinenda est, omnia iura, in quibus de restitutione fructuum mentio fit, intelligenda sunt iuxta hanc distinctionem, *cap. grauis, de restitutione spoliator. l.4. §. post litem, ff. finium regundorum, l. sed etsi lege, ff. de petitione hæredit. l. quod si minor, §. restit. ff. de minoribus*, tradit Molineus *in consuetudinibus Parisiensibus, tit.1. §. 22. quæst. 10. num. 53.* quod in Ecclesia, sicuti in minore, recipiendum est, quia eodem iure vtuntur. Aymon *de antiquitate temporis, part.4. num.162.* resoluit Couarruuias *variarum resolutionum lib.1. cap. 3. num. 4. vers. sed tamen*, contra Imolam *in cap. Apostolicæ, 3. col. de donationibus*, qui fundabatur *in l. in causa, §. interdum, ff. de minoribus*, per legem 4. §.1. *ff. de fideicommissariis libertatibus*, & optimè respondet ad dictum §. *interdum*, vt possessor certò sciat suum contractum rescindi posse, petitâ in integrum restitutione, si aliàs legitimè sit contractus factus, quamdiu non petitur restitutio, & bonam fidem cum titulo habeat, vt fructus etiam naturales faciat suos; quæ enim vniuersè & generaliter leges loquuntur, interpretandæ sunt iuxta particulares iuris decisiones, alioqui confusa admodum erit iuris ratio, & incerta: quo solo fundamento vitare poteris adducta à Pinello vbi suprà *dicto num.60.* si quis autem teneat cum Pinello in particularibus iudiciis non habendam esse rationem fructuum, si ditior factus sis, & consumpseris; sed eam considerationem locum duntaxat habere in petitione hæreditatis, *l.1. Cod. de petitione hæreditatis, l. illud 43. versic. in bonæ fidei, ff. eod.* non multùm errabit, imò verum asseret, quia in petitione hæreditatis fructus augent hæreditatem, *l. item veniunt, §. fructus, ff. de petit. hæredit.* dummodo admittat

admittat distinctionem illam fructuum industrialium, & naturalium, vt naturales omnino consumptos, vel extantes possessor bonæ fidei sine titulo restituat, industriales faciat suos; possessor autem bonæ fidei cum titulo vtrosque faciat suos, neque post acceptum iudicium quicquam retineat, neque ante iudicium restituat, vt considerationes illæ Bart. *in d. lex diuerso*, extra casum petitionis hæreditatis & iudicij vniuersalis habere locum non possint; & ita obseruat praxis, quæ licèt fructuum naturalium, & industrialium non admittat distinctionem, non tamen omnino respuet cum Pinello; temperandæ enim cum iudicio sunt opiniones, non verò obcæcatè amplectendæ: æquitas enim legis *si me & Titium, ff. si certum petatur*, & condictio sine causa ægrè ad acquisitionem fructuum, in qua particulares iuris regulæ constitutæ sunt, applicabuntur: & ita interpretabimur legem *certum, Cod. de rei vend.* & obseruabitur communis praxis, bonæque fidei possessor sine titulo fructus naturales restituet, siue consumptos, siue extantes; industriales autem ante iudicium susceptum faciet suos, cum titulo autem vtrosque faciet suos; post litis contestationem vtrosque restituet, si litis contestatio legitimè facta sit, vt latè diximus suprà.

Nobis autem Hispanis est lex 39. *tit.* 28. *part.* 3. quæ in illis verbis, *que estos*
38 *a tales tenudos son de los tornar con la heredad, maguer los aya despendido a buena fé, comprando la cosa, o auiendola en otra manera*, videtur tollere de medio distinctionem Bartoli, quæ distinguit inter possessorem bonæ fidei cum titulo, vel sine titulo; ea enim solùm id constituit, vt fructus naturales restituantur, nihil de titulo sollicita, ad quod ponderanda sunt verba legis ibi, *comprando la cosa, o auiendola en otra manera*; vt verba illa, *comprando la*, denotent titulum, & illa, *o auiendola en otra manera*, non titulum, vel illegitimum: quod si dicas quod verba, *o auiendola en otra manera*, sunt interpretanda, scilicet *auiendola en otra manera semejante*, scilicet cum titulo, ex alia causa & titulo, non emptionis, tunc magis adhuc hoc ipsum confirmatur, quia cùm à possessore bonæ fidei cum titulo fructus statuat restituendos naturales, multò magis id intelligendum est in possessore bonæ fidei sine titulo; itaque nobis in Hispania in hac iuris Cæsarei controuersia expressus est textus, vt fructus naturales, qui sine opera nostra proueniunt, omnino sint restituendi, idque pro Accursio in dictis locis *vbi suprà*, contra Bartoli opinionem distinguentem inter possessorem cum titulo, & sine titulo; quæ opinio Bartoli vera iure Cæsareo est, & contra reliquorum interpretationes. Itaque iure communi veriorem Bartol. opinionem censemus, iure Hispano Accursij opinionem, quam reliqui omnes reiiciebant: ex quo verissimum illud arbitramur nostro iure, siue extantes sint, siue consumpti, siue à bonæ fidei possessore cum titulo, vel sine titulo, esse omnino restituendos, quia nunquam facti sunt eius possessoris, qui vel bona fide sit cum titulo, vel sine titulo; neque nostro iure hodie indigemus illa Bartoli inspectione, an locupletior factus sit, neque desideramus remedium extraordinarium, scilicet condictionem sine causa, ex æquitate legis *si me & Titium*, cùm dicta lex 39. apertè restituendos esse dicat, nihilque curet de titulo, aut non titulo, illis verbis, *comprando la cosa, o auiendola en otra manera.*

Neque

Neque quicquam facit vltima pars eiusdem legis ibi, *mas si ouo mala fé*; quia verba ea referenda sunt ad primam partem textus, vbi de industrialibus actum est, quod patet ex natura aduersatiuæ, *mas*, quæ cùm non aduersetur secundæ parti eius legis, vbi de fructibus naturalibus agitur, necessariò intelligendum est referri ea verba ad priorem partem, cui opportunè aduersantur; ibi enim constitutum est bonæ fidei possessorem fructus industriales suos facere. Subdit autem textus, malæ fidei possessorem non item efficere suos fructus, quæ verba ad proximam partem legis referri non possunt, salua verborum proprietate, vbi idem constitutum fuerat, neque quicquam diuersum erat, cui aduersaretur.

In fructibus industrialibus sequens sit conclusio, vt possessor bonæ fidei cum titulo, vel sine titulo indistinctè fructus industriales suos faciat, extantes autem restituat, idque non rei vendicatione, quæ planè competere non potest, cùm possessoris fiant mero iure; sed officio iudicis ex æquitate illa, de qua suprà *l. si me & Titium, ff. si certum petat.* quam conclusionem post glossam *in dicta l. ex diuerso*, tenent omnes, de quibus suprà mentio facta est, quosque mox referemus: hæc conclusio probata nobis est *dict. l. 39. tit. 28. part. 3.* ***A buena fé compran los homes, e ganan casa o heredamiento ageno, cuydando que es suyo de aquellos que lo enagenaron, o que han derecho de lo enagenar; e acaesce que viene despues el verdadero señor de ella, e demanda ella en iuyzio, e vencele, en tal caso, como este dezimos, que el señorio de los fructos que ouiesse recebidos, e despendidos del heredamiento, este vencido que deuen ser suyos***: & subdit paulò inferiùs de extantibus, ***mas los que no ouiesse despendido de la heredad, tenudo seria de los tornar al señor de la heredad, sacando***, &c. quæ lex iterum videtur admittere in industrialibus distinctionem Bartoli *in dicta l. ex diuerso*, de extantibus & consumptis, & *ex dict. l. 39.* admittenda est in Hispania in industrialibus, in naturalibus non item. Cùm ergo dicta lex 39. industriales fructus bonæ fidei possessori tribuat, si consumpti sint, stantes autem & non consumptos iubeat restitui, licebit extantes vendicare directò, quia possessoris bonæ fidei iure nostro sint facti: olim autem iure Cæsareo iudicis officio percipiebantur, ex æquitate legis *si me & Titium*; quia possessores fiebant mero iure, vt diximus, quod planè constitutum est nostro iure. 39

Sed & in consumptis, hisque industrialibus maior iure nostro, & Cæsareo disputatio est, postquam fidei bonæ hic possessor suos facit, an saltem locupletior & ditior ex eisdem fructibus effectus, restituere teneatur quatenus locupletior reperitur, & ditior occasione eorum fructuum: quam quæstionem veteres fecerunt dubiam & ancipitem, extortis iuribus, & à suis sedibus ad alienas per vim & iniuriam extractis, cùm etiam communis praxis, vsusque forensis totius Hispaniæ raró aut nunquam hanc ipsam considerationem admiserit, glossa *verb. de consumptis, in dict. l. ex diuerso*, quam glossam communiter ibi obseruari inquit Bartol. *num.* 6. & Antonius de Butrio, & Panormitanus Abbas *in capit. grauis, de restitut. spoliatorum, versic. si verò sint consumpti*; & post eos Alexand. *in l. Nesennius, §. fundum, in final. verb. ff. de re indicata*, & ibi Vincentius *num.* 8. idem Alexand. *in consil. 21. ad fin. lib.* 4. So- 40

cinus *in consil.* 251. *lib.* 2. Corneus *in consil.* 301. *volum.* 1. Omnes hi, & alij, quos ipsi adducunt, post glossam *in dict. l. sed etsi lege*, §. *scire*, *ff. de petit. hæred.* & *in l.* 5. *in fin.* §. 1. *ff. de vsucapionibus*, & Paulum de Castro *in l. si fundum, Cod. de rei vendic.* Angel. *in l. si me & Titium, ff. si certum petatur*, & *in consil.* 133. & *consil.* 160. tenent ita plures ex illis, referentes aliorum opiniones, & huic accedentes, aut non obscurè adhærentes. Denique ex his possessor bonæ fidei industriales fructus consumptos adeò facit suos, vt nihil teneatur restituere, etiamsi ex his fructibus reperiatur ditior, aut locupletior; ita ante litem perceptos fructus omnino facit suos, vtcumque consumpti reperiantur: de industrialibus loquimur. Plures authores refert huius opinionis doctissimus Couarruuias *variarum resolut. capit.* 3. *num.* 6. *libro* 1. *vers. tertia conclusio*; quæ opinio intelligenda est in iudicio particulari, nam in iudicio vniuersali absque controuersia expedita res est, in his fructibus industrialibus, & in hoc bonæ fidei possessore, admittendam esse restitutionem fructuum, etiam ante litem, si locupletior ex his possessor reperiatur: ita intelligunt omnes, & resoluit Doctor Couarr. *vbi suprà*, & Carol. Molin. *in consuetudin. Parisiensib. tit.* 1. §. *fructus*, 22. *num.* 49. *part.* 1. *l. item veniunt*, §. *eos*, *ff. de pet. hæredit. l.* 1. *Cod. eod.* Itaque in iudicio vniuersali iure communi nulla fit disputatio, in particulari illa prior opinio consumptos fructus & perceptos tribuit bonæ huic fidei possessori, quantumvis ante litem sint percepti, etiamsi factus ex his sit locupletior. Contraria opinio tenet teneri hunc bonæ fidei possessorem fructus ante litem perceptos industriales restituere, in quantum factus sit locupletior ex eis. Authores huius opinionis referunt doctissimus Couarr. & Molineus *vbi suprà*, Bartol. & Angel. *in dict. l. ex diuerso*, Antonium & Abbat. *vbi suprà*, Paulum *vbi suprà*, Alex. Iason. & Decium *in l. si me & Titium, ff. si cert. petat.* Alexand. *vbi suprà*, quorum aliquos adduximus suprà referentes eam sententiam; contra hanc posteriorem sententiam tenet dominus Couarr. *vbi suprà*, meliùs tamen Carolus Molineus in iudicio particulari elegit priorem; quod enim fundamentum doctissimus Couarr. pro se adducit, vt accederet posteriori huic sententiæ, idemmet fundamentum adduxit Molineum, & meritò, in priorem sententiam, quia omnia iura de possessore facto locupletiore loquentia, ea constituta sunt in iudicio vniuersali, non in particulari, vt diximus: præterea est §. *si quis à non domino, Institutis de rerum diuisione*, ibi, *quos percepit*; & rursum ibi, *de fructibus ab eo consumptis*: elegans textus ad hoc *in l. sed & loci*, §. *post litem*, *ff. finium regundorum*, ibi, *nam aut bona fide percepit, & lucrari eum oportet, si eos consumpsit; aut mala fide, & condici potuerunt.* Sequitur Carolum Molineum Pinellus *vbi suprà*, *l.* 1. *part.* 2. *cap.* 4. *num.* 64. in iudicio autem vniuersali inerat illa particularis ratio, quia fructus augebant hæreditatem: itaque mero iure fructus nihil distabant ab hæreditate, & hi videbantur extare in substantia possessoris locupletioris; quæ ratio non proderat in particulari iudicio, imò inerat contraria ratio, quia in particulari iudicio, pro cura, & cultura fructus industriales relinquebantur bonæ fidei possessori, *dict.* §. *si quis à non Domino, dict. l.* 39. ideò hæc ratio culturæ & curæ locum habebat in omnibus consumptis, etiamsi ditior possessor factus esset. Illam rationem agnouit Pinellus *vbi suprà*,

prà, hanc Carol. Molin. *dict. num.* 49. Præterea æquitas legis *si me & Titium*, non poterat huc extendi, contra iura expressa, quæ fructus hos tribuunt bonæ fidei possessori, sine distinctione vlla, præter eam, quam superiùs diximus.

Nostro iure Hispano adhuc vberiùs constitutum est; verissima enim Molinei, & Pinelli opinio est iure nostro, idque quod forsan mirum videri poterit, non solùm in particulari iudicio, sed in vniuersali, vt fructus industriales consumptos rei particularis, vel hæreditatis possessor perceptos ante litem suos faciat, nihilque restituat, etiamsi locupletior factus est, *dict. l.* 39. *tit.* 28. *part.* 3. expende verba illa, *à buena fé compran los homes, ò ganan casa, o heredamiento*, vt verbum *casa*, referatur ad vendicationem particularem, verbum *heredamiento*, ad hæreditatem, iudicium nempe vniuersale: & rursum ibi, *que vuiesse despendido del heredamiento.* Idque perpetuò obseruatum est iure nostro, *l.* 4. *tit.* 14. *part.* 6. que de iudicio vniuersali constituta est, & solùm extantium, & consumptorum fructuum ratio habetur; nulla tamen mentio est de locupletiore, vel non locupletiore: ex quibus legibus Hispani neque in iudicio vniuersali, neque particulari vnquam admisimus hanc ipsam distinctiouem de locupletiore possessore bonæ fidei ex fructibus industrialibus. Ita tenent Gregorius Lopez *in dicta l.* 39. & *in dicta l.* 4. & tenebat Couarruuias *vbi suprà*, sub dubio: sed quia leges apertæ sunt, nihil fuit dubitandum. 41

In possessore malæ fidei planum est, teneri restituere fructus industriales, etiam consumptos, siue habeat titulum, siue non, *dict. l.* 39. *in fin.* ibi, *e se por auentura vuiesse mala fé en comprando la cosa, o en auiendola en otra manera, sabiendo que non era suya de aquel que se la enageno, estonce maguer ouiesse despendido los fructos que ouiesse recebidos de la heredad, tenudo seria de pechar el precio dellos.* Hæc conclusio certissima est iure quoque communi, quam probant omnia iura, de quibus mox agemus. 42

De percipiendis autem maior dubitatio est, an titulus saltem excuset: recurrendum est ad glossam *in l. si fundum, Cod. de rei vendicat.* verbo *percepisse*, quæ reuerà distinguit inter possessorem malæ fidei cum titulo, & sine titulo; illum excusat à percipiendis fructibus, hunc verò minimè; ita vt titulus excuset à restitutione fructuum, qui percipi potuerunt, nisi titulus sit vnus ex quatuor, de quibus *in dict. glos.* fit mentio, quia illi non excusant à glossa illa, quæ desumpta est ad literam *ex l.* 40. *tit.* 2. *part.* 3. ita vt iure nostro res expedita sit, vt titulus excuset, nisi sit ex illis, quos dicta glossa & dicta lex 40. referunt: Ioannes Faber *in l. certum, Cod. de rei vendicatione*, omnes illos titulos exceptos in glossa suprà adducta, & *in dict. l.* 40. reducebat ad vnum, scilicet, si titulus esset reprobatus à iure, quales omnino videri possunt illi quatuor excepti in dicta glossa & prædicta lege 40. in vtroque casu loquitur in possessore verè malæ fidei; patet in principio, ibi, *à mala fé ganan los homes heredades e otras cosas en dos maneras*; *la primera es quando furtan la cosa, o la roban, o la entran sin derecho.* Quæ verba ad veram malam fidem sunt necessariò referenda; mox subdit: *La segunda manera es quando la ganan por razon de compra, o de donadio, o por otra razon destas*, id est cum simili 43

mili titulo. *Però sabiendo que aquello de quien las han, que non han derecho de las enagenar*: nota verbum *sabiendo*, quod veram quoque malam fidem inducit. Ecce ergo, quod lex nostra in vtroque casu, siue possessor malæ fidei habeat titulum, siue non habeat, requirit veram malam fidem, & in vera mala fide cum titulo reprobato à iure præcipit restituendos fructus, non solùm perceptos, sed percipiendos, ibi, *el quarto quando ganasse la heredad contra leyes deste libro*, qui erat sensus Ioannis Fabri, vt vniuersè intelligeretur glossa prædicta de possessore malæ fidei veræ cum titulo reprobato, vt talis restituat fructus percipiendos, non solùm perceptos; secus dicendum sit de possessore veræ malæ fidei cum titulo iusto, vt talis excusetur à percipiendis, *dict. gloss.* & *dict. l.* 40. quare hic est sensus receptus, nobis autem Hispanis necessarius, quibus non licet à iure constituto decedere, ne latum quidem vnguem. Vide ergo quod in vtroque casu requiritur vera mala fides.

44 Quo præmisso insurgit elegans declaratio *ad l.* 40. suprà adductam, vt si hic possessor fictè & præsumptiuè, non verè sit malæ fidei, etiamsi titulum non habeat, non sit restituturus percipiendos fructus. Facit dicta lex 40. quæ verè in vtroque illo casu veram malam fidem requirit, non fictam: ita colligebant Petrus, Cynus, & Paulus *in dict. l. si fundum, Cod. de rei vendicatione.* Lancelotus Decius *in l. apud Iulianum, §. fructus, notabili* 2. *ff. de legat.* 1. & Bald. *in consil.* 397. *lib.* 4. quos ad hoc allegat Molineus *tit.* 1. §. 22. *num.* 50. *de consuetudinibus Parisiensibus*, 1. *parte*: huius interpretationis ea vtilitas erit, vt si denunciatio, aut litis contestatio ita fuerit facta, vt veram malam fidem inducere non possit, secundùm hanc interpretationem possessor conuentus de fructibus, qui acquiri potuerunt, non teneatur, quia vera mala fides requisita est: ego autem adeo hoc verum existimo, vt inhærendo semper dictæ legi *bonæ fidei emptor, ff. de acquirendo rerum dominio*, quæ ex vera bona fide inducit acquisitionem fructuum, ex vera mala fide restitutionem, non ex ficta, semper censeam non esse eum possessorem malæ fidei, etiam suscepto iudicio, post litem motam, à quo res petitur, nihil autem ostenditur, præter simplicem petitionem; neque ipse, qui rem aliunde bona fide habui, statim debeo acquiescere petitioni, quòd res à me petatur, & existimo cùm iudicio *in dict. l.* 4. desideratam fuisse malam fidem veram, quia ficta non est sufficiens contra veritatem, si quis probet veram bonam fidem ad inducendam fructuum restitutionem, ideoque existimo perperam dixisse Molineum, & contra iuris aperta principia, quod indistinctè etiam verus bonæ fidei possessor, etiam cum

45 iusto titulo, tenetur ad omnes fructus, etiam percipiendos à tempore litis contestatæ: apertè bonus ille vir rationem omnem iuris confundit; nam quî potest fieri, vt sola denunciatio, aut petitio sine instrumentis, & aliis rebus adductis me protinus constituat possessorem malæ fidei: certè hoc nec ratio naturalis, neque ius patitur. An protinus restituere debeo fundum, quia ad te pertinere dicis? Ego sanè video dictam legem 40. requirere malam fidem veram, non fictam; video litis contestationem & denunciationem fictè censeri inducere malam fidem, non verè; quod si verè bonam fidem habeo, quòd rem à parente habuero, qui emerit à Titio, qui rem possederit; an quòd rem petas, dicasque nec ad me, nec ad parentem meum, neque ad Titium

vnquam

vnquam pertinuisse, sed tuam esse, si nihil aliud adducas, eaque de re iudicium suscipiatur, protinus malæ fidei sum, si non restituam? Certè neque id ratio, neque ius constituit, imò durat bona fides, quæ apud prudentes iudices me non solùm de perceptis fructibus, sed & de percipiendis excusabit, cùm verè bonæ fidei possessor sim; sin autem litis contestatio legitimè facta fuerit, ex qua mala fides vera possessoris deduci possit, tunc vera est opinio, vt non solùm perceptos fructus restituere debeat, sed percipiendos; & ita intelligo dictam legem *certum*, *Cod. de rei vendicatione*. Itaque si res feudalis, vel emphyteutica, aut locata, aut prorsus aliena petatur, aut vendicetur, ob feloniam, ob commissum, vel quia tempus locationis transactum sit, veraque sit causa vendicationis, aut petitionis, quam cùm sciat possessor, conductor, emphyteuta, vel vassallus, contendere obstinatè velit; tunc quidem meritò fit fructuum condemnatio, non solùm eorum qui percepti sunt, sed & eorum qui percipi potuerunt; quia hic possessor verè ex lite, & denuntiatione veram malam fidem habuisse dignoscitur; nouerat enim se feloniam commisisse, pensionem non soluisse, tempus conductionis elapsum esse; at verò perspecta qualitate rei & negotij, de quo agitur, si rem bona fide emo ab eo, cuius esse putabam, tu dicas ad te pertinere, nihilque adducas præter petitionem, aut nuntiationem, certè quia bonam fidem habeo, contestatio, vel nunciatio non possunt me efficere malæ fidei possessorem, si nihil aliud secum adducant; quo casu non recipimus Molinei opinionem *dict. num.* 50. qui existimat, hunc verè bonæ fidei possessorem lite contestata non solùm teneri de perceptis fructibus, sed de percipiendis. Ego ex fundata iuris ratione existimo non solùm non teneri de percipiendis, verùm neque de perceptis; quia quia re vera est bonæ fidei possessor, quem dicta lex *bonæ fidei*, & dicta lex *qui scit*, liberat ab omni fructuum restitutione, & dicta lex 40. veram malam fidem desiderat, non fictam, ad restitutionem fructuum & perceptorum & percipiendorum. Quia ergo dicta lex 40. requirit malam fidem veram, censeo fictam & præsumptam non esse sufficientem ad fructuum condemnationem; præterea quod etiamsi vera mala fides adsit, tamen titulus iustus iure Hispaniæ excuset à fructibus percipiendis, *dict. l.* 40. idem iure communi ex recepta sententia cum glossa *in dict. l. si fundum*. Quicquid sit de hac nostra opinione, quæ Iureconsultorum est, certè indignum est, vt bonæ fidei possessor, qui veram bonam fidem habet, præterea & titulum iustum, suscepto iudicio fructus percipiendos restituat, quod existimabat Molineus *vbi suprà*, contra dictam legem *bonæ fidei emptor*, & legem *qui scit*, cùm litis contestatio & denuntiatio fictè malam fidem inducant, non verè; & possit quis nihilominus suscepto iudicio, & facta nuntiatione bonæ fidei esse: tum quia dicta lex 40. nobis veram malam fidem requirit, etiam in eo qui titulum non habet legitimum, vt de fructibus teneatur qui percipi potuerunt: iuxta quam interpretationem oportet intelligere dictam legem *certum*, *Cod. de rei vendicatione*, vt ibi verbum *malæ fidei*, propriè de vera mala fide sit intelligendum, & verbum *post litis contestationem*, intelligendum est de contestatione legitimè facta, quæ possit, & debeat malam fidem veram inducere, cum qua vix consistere possit vera bona fides, vt patet in exemplis suprà adductis; non verò in- 46

telligendum est de ea contestatione, cum qua vera bona fides consistere possit, quia tunc proculdubio quidquid sit de perceptis, de quibus iudex bonus & prudens variè iudicare poterit ex circumstantiis causarum, rerum & personarum, certè de percipiendis securus erit talis possessor, quia durat fides bona; idque sensit Imperator *in dicta l. si fundum, Cod. de rei vend.* vbi fructus sunt restituendi, non à tempore factæ denuntiationis, sed à tempore malæ fidei, ibi, *fructus quos cum mala fide percepisse fuerit probatum*; vbi Imperator non ex sola denunciatione induxit malam fidem, neque à denunciatione restitutionem fructus, & meritò, quia durare potuit bona fides vera; sed à tempore malæ fidei veræ superuenientis. Igitur verba dictæ legis *certum*, sunt propriè accipienda, secundùm iuris regulas, non obstinatè, vt noua monstra in iure nascantur; simile enim prodigio est quod Molineus asseruit, scilicet vt possessor veræ bonæ fidei cum titulo legitimo & iusto fructus percipiendos restituat, dum perperam interpretatur dictam legem *certum*, veram æquitatem, & iuris scientiam oblitus, cuius se sæpissimè præclarissimum admiratorem iactitat.

47 Denique verus hic malæ fidei possessor sine titulo, iure ciuili ex recepta glossa, & iure nostro *ex d. l. 40.* restituit fructus industriales, etiam ante iudicium perceptos, consumptos, & extantes, quin & eos post moram, vel suscepto iudicio restituit, qui percipi potuerunt, imò & nullo suscepto iudicio, *d. l. certum, d. l. si fundum, l. si nauis, §. generaliter, ff. de rei vend.* & præstat omnem causam, *l. domum, C. eodem*: omnis autem causa continet fructus fructuum, & partus partuum. Id significat verbum illud *cum omni causa*, & est vsitatum Iureconsultis *in l. sed & partus, ff. quod metus causâ. Sed & partus ancillarum*, inquit Vlpianus, *& fœtus pecorum, & fructus restitui, & omnem causam oportet.* Accursius ibi, verbo *causam*, exponit ibi, fructus fructuum, & partus partuum; & ibi Angelus. Idem est *in l. cùm fundus, ff. si cert. petat.* si fundus, inquit Paulus, vel homo per condictionem petitus est, puto nos hoc iure vti, vt post iudicium acceptum causa omnis restituenda sit, id est omne quod habiturus esset actor, si litis contestatæ tempore solutus esset, vti Iason *num. 5.* textus *in l. Iulianus, §. idem Iulianus, ff. de rei vendicatione*, ibi: *Idem Iulianus ait non solùm fructus, sed etiam omnem causam præstandam, & ideo & partus venire in restitutione, & partuum fructus.* Et loquitur ibi Iulianus post commissam moram; quod patet ibi, *si moram fecerit*: *l. videamus, §. si actionem, ff. de vsuris*, ibi: *Quod si acceptum est iudicium, tunc Sabinus & Cassius ex æquitate fructus quoque restituendos esse putant, sed vt & causa post acceptum iudicium restituatur, puto rectè dici.* Et inferiùs *in §. interdicto*, ibi, *vt omnis causa & fructus restituatur.* Itaque malæ fidei possessor hic, de quo agimus, & de quo est dicta lex 4[illegible]ori parte omnem causam præstat, nempe & fructus, & partus, & fructuum fructus, & partuum partus, *l. præterea, ff. de rei vendicat.* ibi, *neque enim sufficit corpus ipsum restitui, sed opus est, vt & causa rei restituatur*; id est, vt omne habeat petitor, quod habiturus foret, si eo tempore quo iudicium accipiebatur, restitutus illi homo fuisset: explicat Caius eleganter omnem causam, id esse quod demùm petitor habiturus esset, si homo opportunè restitutus esset. In petitione hæreditatis est lex *sed*

etsi

etsi lege, *§. fin. cum duabus sequentibus*, *ff. de petitione hæreditatis*, ibi, *augent hæreditatem gregum & pecorum partus*, & ibi, *quod si oues natæ sunt, deinde ex his aliæ, ea quoque quasi augmentum restitui debent*; & ibi, *ancillarum etiam partus, & partuum partus, quamquam fructus esse non existimantur, augent tamen hereditatem.* Ecce ergo quid verbum hoc in iure significet, *omnis causa*, quam malæ fidei possessor præstat, nec otiosè hæc scripsimus, sed vt alia quoque iura innotescant, quæ ad literam difficilia sunt: patet *ex l. in conuentionalibus*, *§. fin. ff. de verbor. Si quis vacuam possessionem*, inquit Vlpianus, *tradi promiserit, non nudum factum hæc stipulatio continebit, sed causam bonorum.* Bart. Imol. Paulus, Alexand. & Iason. ibi obliti, quid significet verbum illud, *causa bonorum*, intelligunt vt venditor teneatur transferre dominium, præcedente causâ, id est titulo sufficienti ad translationem dominij: qui cùm videant se loqui contra textum expressum *in l. si stipulatus*, *ff. de vsuris*, aiunt suam interpretationem esse violentam; verè tamen qui promisit vacuam se possessionem traditurum, verè promisit, non simplicem traditionem, sed traditionem rei pinguem, & opulentam cum reditu, & fructu, & fructuum fructu, *dicta l. stipulatus*, ibi propter inferiora verba; ita vt differant hæc verba apud Iureconsultos, *rem tradi*, & *vacuam possessionem tradi*; illa strictissimè interpretamur, hæc largè, benignè, & latè extendimus ad fructus, & causam bonorum. Ex quibus patet quàm ex diametro pugnent lex *3. §. si emptor*, *ff. de actionibus empti*, cum lege *si stipulatus*, *ff. de vsuris*; quarum conciliationem modò non curamus, aliud agimus; difficillima sunt, vt quæ maximè in iure.

Aduertendum tamen est ad Paulum *in dicta l. cùm fundus*, ibi, *omne quod habiturus erat actor, si litis contestatæ tempore solutus esset*; & ad verba Caij *in dicta l. præterea*, ibi, *id est vt omne habeat petitor, quod habiturus foret, si eo tempore, quo iudicium accipiebatur, restitutus illi homo fuisset*; maximum enim habent effectum, nam licèt etiam in reali actione possessor malæ fidei accepto iudicio, vel non accepto, modò malæ fidei veræ sit, omnem causam præstare debeat, ac subinde partus partuum, & fructus fructuum; id tamen sanè intelligendum est, iuxta sensum Pauli, & Caij, si demùm eos partus, & fœtus restitutos repetitor esset habiturus. Finge petitorem occisurum illicò armentum, & oues, solùm id habiturus est, quod habuisset, si res sibi restituta esset; in quo variè iudicis officium expectatur, *l. item si verberatum*, *§. si seruus*, *ff. de rei vendicat.* vbi glos. Bart. Paul. & Iason ibi *sed est verius, si fortè distracturus erat petitor, si accepisset.* Vlpianus ibi morosum debitorem etiam in actione reali, non solùm ad omnem causam non obligat, verùm neque ad æstimationem armenti emortui, idque constituit vniuersè & generaliter, nisi fortè venditurus erat petitor; tunc enim quia pretium erat consecuturus, pretium restituitur; quod si non fuisset illicò venditurus, mortalique necessitate armentum pereat, neque æstimatio quidem debetur, nedum partus & fœtus, & omnis causa; atque hæc distinctio in actione reali seruanda est, *ex dict. §. si seruus*, Accursio, Bart. Paul. & Iasone.

Atque cùm hoc constitutum sit in actione reali, quoad ipsius rei interitum, minùs difficile est propter interitum sine dolo & culpa possessorem liberare, 48
etiam malæ fidei ab hac causa: licèt enim post moram, & accepto iudicio,

armentum

armentum quod petebatur, emortuum sit, quo casu ex ratione malæ fidei veniebat restitutio cum omni causa; si tamen interitus sine dolo, & absque culpa possessoris, quamuis iam malæ fidei, eueniat ingruente peste (qualis nos hodie Corunæ iterum & tertiò ferè exanimatos habet, Kalendis enim Iuniis, anno millesimo quingétesimo septuagesimosexto Compostellâ properè iussi diuertere, cùm adhuc Coruna expurganda esset, infectas adhuc & pollutas exitiali hoc contagio ciuium ædes inuenimus, molliter & paulatim consuetudine, & mutua officiorum vicissitudine, congressu, & communicatione, quâ nullum maius incitamentum est, longiùs prorepsit malum quàm existimauimus vnquam; subrepti iam litigatores aliquot, subrepti ciues, subrepti curiales; cùm vna fuga vnicum præsidium, & saluberrimum remedium sit, Corunæ commoramur, quia de hac re certiores oportuit fieri supremi Senatus Hispaniæ Senatores maximos;) si interitus igitur fatali necessitate eueniat, quoniam armentum restitutum in potestate petitoris eodem quoque casu omnino erat periturum, neque habiturus erat petitor hos fœtus, & partus, ex Pauli & Caij sententia, æquitate suadente nihil horum habebit petitor; quidquid sit de rei æstimatione omnem certè hanc causam non consequetur; est enim quæstio de interitu, quæ plerumque in arbitrio iuris, & iudicis posita & sita est, & ex æquo & bono constituitur: in eaque ex authoritate iuris scientiæ, id est, dum exactum ius sequimur, perniciosè erramus, *l. si seruum,* §. *sequitur, ff. de verborum,* ibi, *esse hanc quæstionem de æquo & bono*; quo in genere plerunque ex authoritate iuris scientiæ perniciosè erratur, *l. si res æstimata,* §. *si mulier, ff. de iure dotium,* ibi, *quod si decesserit, Marcellus ait æstimationem præstandam, non iustam, sed eam quæ facta est; quia boni consulere mulier debet quod æstimatus fuerit*; subtilitas enim illa vt malæ fidei possessor ad omnem causam teneatur, temperanda est ex iure æquo, si omnis illa causa ad petitorem erat omnino peruentura, dolóve, aut culpa possessoris desiit peruenire. Quod si omnino nihil erat habiturus petitor, æquum est nihil restituere possessorem; veritas enim illa, scilicet quod omnino non erat habiturus, pugnat cum iuris subtilitate, quæ dictat omnem causam esse restituendam; in qua pugna veritatis & subtilitatis potior apud cordatum virum esse debet causa veritatis, glossa *in c. cùm sancti, 24. quæst. 3. verbo Subtile,* pro qua textus *in* §. *sed quia, Instit. de fideicommiss. hæredit.* ibi, *Papiniano excellenti ingenio viro plus placet legum simplicitas, quàm subtilitas.* Facit lex *plures,* §. *siue autem, ff. depositi,* ibi: *Sabinus & Cassius absolui debere eum, cum quo actum est, dixerunt, quia æquum est naturalem interitum ad actorem pertinere, vtique cùm interitura esset ea res, etsi restituta esset actori.* In actione autem personali quæstio de interitu longè latéque patet, de qua est textus *in l. quod te mihi, ff. si certum petatur,* ad quem vide Brunum *de diminutione, conclusione 20. à num. 144. ad num. 163.*

49 Illud tamen aduertendum est, quod in omnibus casibus, in quibus malæ fidei possessor tenetur de fructibus percipiendis, non tenetur de fructibus qui poterant percipi ex augmento rei facto à seipso suis expensis & sumptibus, *l. cæterùm, ff. de rei vendicat. Cæterùm,* inquit Paulus, *cùm de fructibus serui petiti quæritur, non tantùm pubertas eius spectanda est, quia etiam impuberis aliqua*

qua

quæ opera esse possunt; improbè tamen desiderabit petitor fructus æstimari, qui ex artificio eius percipi potuerunt, quod artificium sumptibus possessoris didicit. Hæc Paulus: tenent ibi Angelus, Fulgos. & Romanus, idémque recipiendum est in omni genere meliorationum, quia subest eadem ratio, etiamsi melioratio non sit doctrina, sed eius generis sit quæ separari possit, & æstimari, propter ea quæ diximus suprà *ad l. 1. C. de infantibus expositis, cap. 2. num. 8. & cap. 5. num. 3.*

Prætereà in hac fructuum disputatione, quod pertinet ad malæ fidei possessorem circa fructus percipiendos, non desunt quibus illa quoque difficultas negotium facessat, an fructus percipiendi à petitore, an verò à possessore restituendi sint. Pone scholasticum possessorem, petitorem rusticum agricolam; plurimùm interesse videri poterat, an malæ fidei possessor, idémque scholasticus restituat fructus, quos ipse percipere potuit, an quos agricola, idémque petitor percipere potuisset. Difficultatem faciunt varia Iureconsultorum responsa, quorum pleraque attulimus, quæ causam petitoris inspiciendam esse aiunt, *l. domum, Cod. de rei vendicatione*; & fructus restituendos esse, non quos possessor, sed quos petitor, idémque dominus percipere potuisset, ibi, *Præses prouinciæ cum pensionibus quas percipere poterat, restitui iubebit.* Ad possessorem quoque negotium coniecit Iureconsultus *in l. sed & si lege, §. quod autem, vers. sed & fructus*: non quos perceperint (inquit) sed quos percipere debuerunt, eos præstaturos. Idem decisum est *in §. etsi hæreditas*, & *§. illorum, Institutis de officio iudicis.* Contrarium decisum est expresse *in l. si nauis, §. fin. ff. de rei vendicatione*, vbi Papinianus generaliter inquit, cùm de fructibus æstimandis agitur, constat animaduerti debere, non an malæ fidei fruitus sit possessor, sed an petitor frui potuerit, si ei possidere licuisset: quam sententiam Iulianus quoque probat, cùm enim de mala fide agamus, quæ fraudi æquiparatur, ex Baldo *in l. quæ fortuitis, versic. præmitte ad euidentiam, Cod. de pignoratitia actione*, non tam considerandum est, quid actor fraudatus habeat, quàm quid ab aduersario fraudatus habere non potuit, id est, quid percipere potuisset actor, si rem habuisset, *l. ait Prætor, §. per hanc actionem, ff. de his quæ in fraudem creditorum*, ibi, *Verùm hi qui percipi potuerunt ab ipso fraudatore*; licèt Decius regulã generaliter alleget quasi concordantem cum dicto *§. generaliter, l. si nauis*, veriùs tamen concordat cum dicta lege *domum*: ad actorem respexit *in dict. l. cùm fundus, ff. si cert. pet.* & *in dict. l. prætereà, ff. de rei vendicatione.* Itaque quod attinet ad Iureconsultos, modò ex persona actoris, modò verò ex persona possessoris metiuntur istam restitutionem fructuum eorum, qui percipi poterant: ad dominum quoque & possessorem respexisse videtur prædicta lex nostra 40. *tit. 28. part.* ibi, *è aun con los que pudiera ende lleuar el señor de la heredad.* Hæc vt concilies, memineris illud Bartoli *in dict. l. domum*, quia cùm in hac disputatione veniat id quod communiter percipi potuit, nihil interest, an actorem, vel possessorem consideremus; singulare enim interesse actoris non debet considerari, sed quod communiter percipi potuit, *l. pretia rerum, ff. ad leg. Falc. l. si seruum, ff. ad leg. Aquil. l. furti, in principio, ff. de furtis*; ideóque rectè sensit Bartolus, quia cùm id quod communiter percipi potuit, à quolibet possessore inquirendum sit, nihil refert

apposita sit persona petitoris, vel possessoris à Iureconsultis. Opinionem Bartoli dicit magis communem Alexand. *in l. apud Iulianum, §. 1. ff. de legat. 1,* Decius idem *in regula generaliter, ff. de regul. iuris, num. 8. ad fin.* Boërius *decisione 268.* Gregorius Lopez *in dict. l. 40. tit. 28. part. 3. vers. pudiera lleuar.*

51 Postremò in hac fructuum acquisitione, quo casu bonæ fidei possessor naturales fructus suos non facit, vel industriales consumptos, aut extantes, secundùm varias opiniones, quas superiùs adduximus, cessat ipsorum restitutio; si triennio fructus eos habueris, neque à te petiti sint, iure vsucapionis ex bona fide tui facti sunt; textus, glossa & omnes *in l. 4. §. fructus, ff. de vsucapionibus, vers. in hoc ergo.* Imola, & Paulus dicunt glossam notabilem, & intelligunt etiamsi possessor factus sit locupletior. Angelus *in §. si quis à non domino, Institutis de rerum diuisione*: Alexand. & Decius *in dict. l. si me & Titium, ff. si certum petatur.* Bald. *in l. 3. Cod. quod met. causa.* Bald. *in l. ancillæ, num. 15. Cod. de furtis.* Baldus *de præscriptionibus, 4. parte, partis 4. quæst. 35.* Tiraquellus *de retractu Lignager, §. 15. glos. 2. num. 17.* Pinellus *in l. 2. part. 4. num. 48.* quód est vtilissimum *ad dict. l. 39. titul. 28. part. 3.* vt fructus naturales omnes, quos aliàs bonæ fidei possessor non faciebat suos ex bona fide, faciat suos quidem iure vsucapionis, si triennium elapsum sit, à perceptionis tempore numerandum. Hactenus egimus amice lector de acquisitione fructuum, neque arbitramur operam omnino lusisse: ad nostrum tractatum fuit apprimè vtile & necessarium; quia de compensatione fructuum acturi, oportuit vt priùs ostenderemus qui fructus cuiusque fierent, vt certum esset quid compensare quisque & possit & debeat: præterea ea res alioqui difficilis iam patere poterit, iuráque magis innotescent, quæ de acquisitione & restitutione fructuum conscripta sunt.

52 Hæc nobis necessariò præiacienda fuerunt ad eam rem, quam tractamus; namque in computatione fructuum cum meliorationibus nosse oportuit quos fructus lucraretur bonæ & malæ fidei possessor, vt in his fieret compensatio proposita, aut restitutio; quapropter illud animaduertendum est, vt iam rem propriùs tractemus, meliorationes iure proprio pertinere ad meliorantem, quod iam superiùs notauimus, *cap. 7. num. 20.* quas enim meliorationes quisque suas facit, quas cum re relinquere non tenetur, ex particulari aliqua iuris dispositione; vt diximus in emphyteuta, vassallo, & possessore maioratus, eas suas omnino facit, & legat, *l. senatus, §. 1. ff. de legat. 1.* ac subinde obligat, & expectato tempore vendit verè dominus, *l. fin. Cod. de iure emphyt.* diximus *dict. lib. num. 20.* vide ibi: modò ex hoc sequitur altera conclusio, quæ iunctæ omnem de compensatione tractatum absoluunt, quod bonæ fidei possessor compensat quidem fructus & meliorationes, non autem verè dominus, qui iure dominij rem possedit, quia hic suos facit omnino. Prior pars huius conclusionis probatur apertè *in l. sumptus, ff. de rei vendicat.* qui est textus expressus, vt bonæ fidei possessor, qui iure possessionis rem possidet, compenset & meliorationes. Nobis est textus apertus *in l. 4. titul. 28. part. 3.* vbi idem tenet Gregorius Lopez, Palacios Rubios *in rubr. §. 62. num. 16.* Afflictis *decisione 87. ad fin.* Capycius *decision. 39. num. 9.* alios refert Aluarus Vazquez

53 *quæstione iuris emphyt. quæst. 25. num. 29.* Posterior pars conclusionis, vt is qui

qui iure dominij percipit fructus, non teneatur ad compensationem, est glossa famosa *in l. emptor, verb. superfluum, ff. de rei vendic.* quam sequuntur omnes sine controuersia, quorum plures retulit Pinellus *in l. 2. Cod. de rescind. vendit. part. 2. cap. 4. num. 62. ante fin.* Aluarus Vazquez *in dict. quæstione iuris emphyt. 25. num. 29.* Dominus Couarruuias *variar. resolution. lib. 1. cap. 8. n. 4.* Ludouicus Molina *libro primo de Hispanorum primogeniis, cap. 26. num. 13. vers. neque in hoc casu*, Antonius Gomez *in l. 46. Tauri*, Gregorius Lopez *in l. 41. titul. 28. part. 3.* ex Gallis Tiraquellus latè *de retractu conuentionali, §. 7. glos. 1. num. 14.* Carolus Molineus *in consuetudinibus Parisiensibus, tit. 1. parte 1. glos. 5. num. 78.* ex Italis Antonius Neguzant. *de pignorib. 5. parte, 4. membro, num. 13.* Afflictis *decisione* 87. Iulius Clarus *lib. 4. sententiarum, §. feudum, dict. quæst.* 88. plures alios allegant ipsi, hactenúsque nemo de hac glossa dubitauit. Plurimùm ergo proderit, an rem possideas iure solius possessionis, an iure dominij. Prior casus admittit compensationem, posterior verò non, quia eo casu habes fructus iure dominij veri, & tui sunt iure dominij, nequeúntque à te vllo pacto auferri sine iniuria, ideò neque compensas.

Præmissis his regulis adest facti species, ex qua ius controuersum nascitur. 54
Bona fide emi fundum, dum possideo, meliorem feci; reddebat annua centum, melior à me factus reddit annua decem: is demùm à me petitur, fit legitima litis contestatio quæ malam mihi possessori fidem facere possit; fit condemnatio, cum fructibus restituendus à me ex causa rei iudicatæ fundus est à tempore litis motæ: meliorationes item sunt mihi soluendæ ab actore, cui à me restituendus est fundus. Duplex quæstio est in hac facti specie; altera, an fructus illi, quos percepi ante contestationem litis, bona fide sint computandi in æstimationem meliorationum, & qui fructus illi sint, an rei melioratæ, an verò rei sine melioratione, secundum antiquum statum; id est, an sint decem annua imputanda, an centum: hoc modò non tractamus, proximè tractaturi; altera quæstio nostra est in hac specie, scilicet, vtrum in hac condemnatione facta fundi cum fructibus post litem legitimè motam, veniat fructus meliorationum, id est, an cum fundo restituantur actori à tempore litis contestatæ annua centum, non decem annua; denique an in condemnatione facta rei cum fructibus, veniant fructus meliorationum? In possessore bonæ fidei non est locus huic quæstioni, in malæ fidei possessore, siue vero, siue ficto, opportunè vtilis, & quotidiana est, & quotidie neglecta. Accursius primus hanc attigit quæstionem *in l. cæterum, verbo potuerunt, ff. de rei vendicatione*; ibique clariùs tenet venire: obscuriùs tenet etiam *in l. quod si artificem, verbo compensari, ff. de rei vendicatione.* Mouetur ille ex textu *in l. fructus, ff. de operis seruorum*; ex quo textu verè id non colligitur, & Accursius ibi aliter intelligit illum textum; verè enim ibi non proponitur seruus melior effectus aliquo artificio, vt *in dict. l. cæterùm.* Denique in casu dictæ legis *fructus*, si vendicato homine operas habiturus sis, rectè expensæ necessariæ factæ cum seruo operarum æstimationem minuent, quod longè abest à nostra specie, in qua de fructibus meliorationum dubitamus. Itaque Accursius author huius opinionis sine iure est, in quo iure ipsemet

Ttt 2 varius

varius reperitur. Accursium secuti sunt Angelus & Fulgosius *in dict. l. caeterùm*: hos sequitur dominus Couarruuias *lib. 1. variar. resolut. cap. 8. num. 4. vers. Proximae quaestioni*, qui allegat Bartol. *in l. ratio*, §. *quod si*, *ff. de actionibus empti*, & Roman. *singul.* 333. verè tamen hi duo mihi nihil dicunt, ex relatione domini Couarruuias. Hos quoque pro hac opinione retulit Aluarus Vazquez *quaestione iuris emphyteutici* 25. qui allegat pro hac Antonium de Neguz. *de pignoribus*, 5. *part. membro* 4. *num.* 20. qui neminem allegat pro hac opinione, neque glossam, neque textum, neque Doctorem. Contrarium tenent Matthæus de Afflictis *decisione* 87. *num.* 7. Antonius Capycius *decisione* 93. *num.* 10. qui licèt allegent Angelum *in dict. l. caeterùm*, *ff. de rei vendicatione*, pro hac opinione; tamen Angelus loquitur in fructibus percipiendis, non in perceptis, de qua quæstione egimus *isto capite*, *num.* 49. Accursij opinio est sine iure, & ratione: Matthæi de Afflictis opinio rationem habet, scilicet eam, quam diximus, quoniam meliorationes iure proprio ad meliorantem pertinent, & fructus iure dominij, vt diximus: quî fieri igitur potest, vt meliorationum à me factarum verus valor, & iusta æstimatio soluatur, fructus autem restituatur, contra fundatam iuris rationem, de qua suprà, *ex dict. gloss. verbo superfluum, in dict. l. emptor*, *ff. de rei vendicatione*. Præterea mala fides, quæ non aufert mihi meliorationes meas extantes, quî poterit fructus consumptos auferre: præterea quia etiamsi mala fides sit respectu rei ipsius, non est, neque reperitur circa meliorationes, quas interno & externo animi & fori iudicio meas esse certò scio, quo casu non potest esse fructuum earundem restitutio, quarum vera, neque ficta mala fides est; præterea bonæ fidei possessor respectu fructuum, quos non facit suos, & restituere tenetur, similis est malæ fidei possessori, veluti circa fructus naturales, vt diximus; at verò si iure dominij habeat hos fructus, quia vsucapit, non tenetur restituere, diximus hoc capite, *num.* 51. ergo neque malæ fidei possessor rei, de qua lis mota est, restituit fructus meliorationum suarum, quia hos iure dominij habet, non solius possessionis; & ita tenendum est contra dominum Couarruuias *vbi suprà*, cui si demas Accursium, qui varius est, & Bartolum, & Romanum, qui nihil dicunt, pauci socij relinquuntur; præterea quod Angelus ferè loquitur in fructibus percipiendis, de quibus hîc non disputamus, & Antonius de Neguz. loquitur sine ratione, sine lege, sine authore. Præterea Aluarus Vazquez dicit pluries se iudicatum vidisse secundùm opinionem Matthæi de Afflictis, & Capycij: ego certè semel in hoc Senatu secundùm hanc opinionem Matthæi de Afflictis iudicatum vidi, quæ rationi maximè congruit. Contraria est sine ratione & lege; quo casu retento duplex tempus considerandum est, bonæ & malæ fidei, id est ante litis contestationem, & post litem contestatam: vtriusque temporis fructus meliorationum suarum hic possessor habebit suos; fructus verò rei ante litem contestatam suos facit, post litem contestatam restituet; computatio autem solùm fiet cum fructibus rei ipsius, secundùm antiquum statum, sine meliorationibus, quos aliàs faciebat suos: quod nota, quotidianum enim est, vtile, & necessarium.

55 Vt autem scias, quomodo & quando hæc computatio habeat locum, & quæ

quæ fuerit ratio genuina computationis, reuoca in mentem, quod de iuris rigore semper fructus veniebant in restitutione rei, quantùm attinet ad propriam & genuinam naturam restitutionis, *l.videamus*, §.*in Fauiana*, *ff.de vsuris*, *l.domum*, *Cod.de rei vendic.* glossa *in l.sed & si lege*, suprà adducta: similis *in l.sed & partus*, *ff.quod metus causa*, & ibi Angelus, *l.Iulianus*, §.1.*l.praterea*, *ff. de rei vendicatione*, *l.fundus*, *ff.si certum petatur*, *l. in condemnatione*, §.1.*ff.de regulis iuris*, *l.ex diuerso*, §.1.*ff.de rei vendication.* *l.quod si minor*, §.*restitutio*, *ff.de minoribus*, & ibi Bartol. & *in l.ab hostibus*, §.*sed quod simpliciter*, *ff.ex quibus causis*, *l.1. titul.19. parte 6.* Baldus *in rubrica de fructibus & litium expensis*: hic erat iuris rigor, hæc erat restitutionis natura, adeò vt in fructibus qui prouenissent post litem contestatam legitimè factam, petitio horum fructuum non esset necessaria, quasi repetitiâ petiti quoque fructus satis intelligerentur, *l.præterea*, *ff. de rei vendicat.* *l.adiles*, §.*sciendum*, *ff.de adilitio edicto*, *l.qui restituere*, *ff.de rei vendicat.* §.*etsi in rem*, *Institutis de officio iudicis*. Quamuis autem hoc poscebat iuris ratio, & restitutionis natura & qualitas, tamen æquitate suadente constitutum est, vt bonæ fidei possessor fructus industriales suos faceret pro cultura, & opera, & pro diligentia. Textus expressus *in* §.*si quis à non domino*, *Institutis de rerum diuisione*, ibi, *naturali ratione placuit fructus, quos percepit, eius esse, pro cultura, & cura*: *l.in bona fidei*, *ff.de acquirend. rerum dominio*, Abbas & Doctores *in capit.grauis*, *de restitution. spoliatorum*, Bartol. & alij *in dict. l.ex diuerso*, §. 1. *ff. de rei vendication.dict. l.40.tit.28. part.3.* Clarus *in l.39.eodem titul.& part.* ibi, *Por el trabajo que lleuo en ellos*: quæ leges dum rationem quæritant, quare bonæ fidei possessori relinquant fructus eos, non obscurè innuunt, eos aliàs fore restituendos, ex natura ipsius restitutionis, vt diximus in naturalibus fructibus, qui restituuntur, quia in his nulla cultura, nulla cura, nulla diligentia, aut opera reperitur possessoris, quantumvis bonæ fidei.

Igitur de rigore iuris, perspectâ verâ & propriâ naturâ, & ratione restitutionis, nisi æquitas quæ culturam, operam, & diligentiam possessoris bonæ fidei dignam existimauit fructibus industrialibus aliud postularet, semper fructus ad eum pertinebunt, ad quem res ipsa pertinet; vnde illa quoque in bonæ fidei possessore solùm recepta est æquitas, vt si rem meliorem fecerit, quæ melioratio sibi soluenda sit, cum fructibus ipsius rei à se perceptis computet; cùm enim fructus de iuris rigore ad se non pertineant, sed ad eum cui res restituitur, suos autem fecerit propter fidem bonam, culturam & operam de iure æquo, idem æquum ius, & æquitatis vera ratio postulat, vt postquam non restituuntur, saltem computentur, ne duplex æquitatis vtilitas cumulata iniquitatem inducat: poteras enim aliter fructus integros percipere ex vno capite iuris rigore indebitos, ex altero integram æstimationem meliorationis percipere; vnde nasceretur apertè iniuria vero domino, cumulato damno, qui fructus amitteret ex vno capite alios sibi debitos, ex altero verò meliorationis æstimationem solueret, quibus cumulatis facilius sibi esset rem suam sibi numerato pretio emere, quàm vendicare; æquitas ergo, quæ in omni parte iuris principem locum obtinet, efficit, vt bonæ fidei possessor, qui fructus aliàs erat restituturus, cùm non restituat, saltem computet, ne ex nimia

æquitatis indulgentia resultet iniquitas. Hæc est vera ratio computationis inter meliorationes & fructus perceptos.

56 Ex qua verissima ratione computationis colligitur, vt omnino cesset computatio, quoties fructus ad euincentem cum re non pertinuerunt. Itaque si is qui rem vendicat, fructus non erat aliàs habiturus, cessat compensatio, quia cessat ratio compensationis, & hoc est quod breuissimè dixit Molineus vbi suprà, *titul.*1. *partit.*1. *gloss.*5. §.1. *num.*78. ex quauis iusta causa euitari posse istam computationem fructuum cum meliorationibus. Ex quo primùm illud receptissimum est in hoc nostro Senatu, vt possessor rei bonæ fidei fructus meliorationum suarum nunquam compenset cum meliorationibus suis; iniquitas enim esset si talis compensatio fieret; namque ex mea pecunia, hoc est ex mea re, ex meis fructibus solueretur mihi mea melioratio; fructus enim mearum meliorationum habeo iure dominij ex re omnino mea, vt diximus suprà isto capite: vnde cessat compensatio, *ex dict. gloss. verb. superfluum, in dict. l. emptor*, suprà adducta: præterea illi fructus mearum meliorationum nunquam ad vendicantem rem pertinuerunt, neque de iure æquo, neque rigoroso: ergo non debent ei prodesse in solutione æstimationis, & meliorationum: diximus suprà *isto capite*, *num.*52. *&* 53. & in terminis ita tenet Molineus vbi suprà: *num.*86. post Matthæum de Afflictis *decisione Neapolitan.* 87. qui obscuriorem decidendi rationem secutus est, alienam ab hoc tractatu. Fiet ergo computatio meliorationis cum fructu rei, dempta melioratione, secundùm antiquum statum rei, & redditum eius antequam melioraretur; & ita sæpe iam paucos ante annos iudicatum vidi in hoc nostro Senatu, ac fuit quidem tempus cùm hoc non obseruabatur, hodie tamen obseruatur planè. Cùm enim fructus meliorationum nunquam pertineat ad vendicantem, ex ratione illa de computatione, non computantur, nec minuunt meliorationum veram æstimationem.

57 Sequitur ex illa ratione compensationis illa regula generalis, vt in omni casu, in quo fructus rei iure dominij ad alium pertineant, scilicet ad possessorem, & nullo iure pertinere potuerint ad vendicantem, non esse admittendam compensationem, neque enim illi prodesse debent fructus, qui fructus eos non erat habiturus, neque iure æquo, neque iure rigoroso, ex fundamentis superiùs adductis, & ex glossa *in dict. l. emptor*, *ff. de rei vend.* superiùs allegata; vnde vassallus, vel emphyteuta non tenentur compensare æstimationem meliorationum suarum cum fructibus perceptis à fundo emphyteutico, vel feudali. Ratio ea est, quia fructus ij propter titulum nunquam aliquo iure pertinuerunt ad dominum, sed iure dominij ad vassallum & emphyteutam, vt resoluunt post Baldum *in dict. l. emptor*, & Paulum *consilio* 270. *volumine* 2. Palacios Rubios *dict.* §.62. *num.*16. Antonius de Neguzant. *de pignoribus*, 5. *part.*4. *membro* 14. Molineus *vbi suprà*, §.... *gloss.*4. *num.*78. Boërius *decisione* 44. *num.*19. Pinellus *in l.*2. *part.*2. *cap.*4. *num.*62. *versic. ea receptissima sententia*, Aluarus Vazquez *dict. quæst.*25. *num.*29.

In maioratus possessore, seclusa lege 46. Tauri, vbi hoc remanet dispositioni iuris communis, idem dicendum est quod in emphyteuta & vassallo; possessor enim maioratus dominus est, & fructus iure dominij acquirit, non iure

iure solius possessionis & bonæ fidei, *l. non ideo minus, ff. de rei vendicatione, l.generaliter, §.final.verbo pleno iure, ff.qui & à quibus.* Ex pluribus post Palacios Rubios, Molineum & Baldum *vbi suprà*, resoluit Ludouicus Molina *de primogeniis Hispanorum, lib.1. capit.26. num.*14. Pinellus *vbi suprà*, post ea quæ tradidit *in l.1. Cod.de bonis maternis, parte 2. num.5.* idem omnino tenendum est in vsufructuario, qui fructus percipit iure dominij, *l.4.ff.de vsufructu.* Idem in libellario & superficiario, *l.1.* §.1.*ff. si ager vectigalis.* Idem in conductore dicendum est, qui pecuniâ numeratâ fructus percepit; nec æquum est, vt & pecuniam numeret pro fructibus, & iterum in suas meliorationes computet fructus, quos habuit pro pecunia, vt locator pecuniam accipiat fructuum, & iterum cùm fructus ad se non pertineant, propter locationem & pecuniam, cum fructibus soluat expensas & meliorationes: habet enim locum illa regula, vt quia fructus ad locatorem non pertinent, neque pertinere possunt toto tempore conductionis, non prosint sibi, vt æstimatio meliorationum soluenda minuatur, ex nostra regula; & quia ex iusta causa euitatur ista compensatio, vt dicebat Molineus vbi suprà, *dicto num.*78. §.1.*titul.*1. *gloss.*5. idem recipiendum est in grauato restituere post tempus, aut post mortem, quia interim verè est dominus, *dict.l.non ideò minus.* Item in legatario, cui iniuncta est restitutio, omnia hæc ex ea regula descendunt, quia ij fructus percipiunt iure dominij, non solius possessionis. Idem in Prælatis, & aliis, in quibus habeat locum solutio meliorationum, quia non debent tibi fructus minuere æstimationem meliorationum, quos aliàs nullo iure eras habiturus; deinde ex hac regula & ratione descendit, vt si quis emat ignoranter rem dotalem, & melioret, habeat æstimationem meliorationum suarum, neque computet fructus quos perceperit, viuo marito, eodemque venditore, vxore vendicante, quia toto illo tempore mulier fructus eos neque de iure æquo, neque rigoroso erat habitura: hos fructus ergo non computabit emptor, quia cùm illo tempore ad mulierem non pertinuerint, non possunt sibi minuere æstimationem meliorationum, neque ad hoc prodesse. Item in emptore rei maternæ, vendente patre, vendicante filio, fructus illius temporis, quo vixit pater, non computantur, quia ad filium neque iure æquo, neque rigoroso pertinuerunt. Hæ ferè videntur causæ iustæ denegandæ compensationis, ratio fructuum, & dominium; & ita vides dictam legem *sumptus*, & dictam legem 39. strictissimè patere, neque longiùs extendi à bonæ fidei possessore, qui rem non iure dominij, sed iure solius possessionis obtineat; quia quod in hoc adhuc ista computatio cessat, si fructus eos aliquo iure non habiturus erat is qui meliorationum æstimationem est soluturus; est enim in hac re iustum & bonum quo temperantur dicta lex *sumptus*, & dicta lex 39. quod ex ratione compensationis descendit.

Hæc omnia quæ à nobis de emphyteuta, vassallo, fructuario, conductore, 38
libellario, superficiario, possessore maioratus & aliis dicta sunt, vt fructus non compensent, quos iure dominij perceperunt, intelligenda sunt ex Fulgosio *in dict.l. emptor, ff. de rei vendicatione*, nisi titulus rescindatur, quasi à principio nunquam fuisset. Vnde in emphyteuta, cuius titulus rescinditur, quia non fuerit à principio legitimè factus, fit compensatio, quia interim ob non titu-

lum

lum emphyteuta magis percepit fructus iure solius possessionis, sicuti bonæ fidei possessor, quàm iure dominij, ad quod dominium titulum sufficientem nunquam habuisse dignoscitur; contrarium dicendum est, si cùm titulus emphyteusis legitimè reperiatur factus, res tamen emphyteutica auferatur vendicatione, ob commissum, ob cessationem solutionis, ob finitásve generationes; hoc casu non fit ista compensatio, quia fructus sunt sibi percepti iure dominij, non solius possessionis; ideò plurimùm aduertendum est iudicibus, ex qua causa faciant condemnationem, vt & compensationem admittant: quod in cæteris erit obseruandum, & in emptore obseruat lex *quoties, C.de rei vendicatione*, vt emptor prior titulo, posterior possessione, compenset quidem fructus, quia titulus ille reducitur ad non titulum: tenet Pinellus *in dict. l.2. de rescind. vendit. part.2. cap. 4. num.63. ad fin.* & in casu dictæ legis *quoties*, in emphyteuta tenet Aluarus Vazquez *quæst. 14. num. 7.* ambo ex hac Fulgosij interpretatione, quod in casu legis *2.C.de rescind. vendit.* retenta illa opinione quod fructus non veniunt, vt in casu dictæ legis 2. quam retinet Pinellus ibidem, *2.parte, cap.4. num.1.* contra veriorem opinionem, quam tenuerunt Doctissimus Emanuel Costa *in l.Gallus, §. & quid si tantùm, 2. parte, num.72. ff.de liberis & posthum.* & Doctissimus Couarruuias *variarum lib.1. cap.3. num.9.* quam videtur tenere Dominus Antonius Meneses *in dict.l.2. num.50.* Retenta ergo Pinelli opinione in illo casu non fit compensatio, quia non redigitur ad non titulum, quasi à principio interuenerit, sed titulus valuit; & fructus interim toto quadriennio iure dominij percepti sunt, etiamsi ob læsionem sit rescissus; ita non fiet compensatio cum meliorationibus. Ita videtur tenere idem Pinellus *dict. num.63. ad fin. id dict. l.1.* In restitutione, & redhibitoria, quia redigunt rem ad pristinum & antiquum statum, compensationi locus erit, *l. cùm autem, §. cùm redhibetur, ff. de ædilitio edicto, l. quod si minor, §. restitutio, ff. de minoribus.*

59 Hæc pertinent ad compensationem fructuum cum meliorationibus & expensis, de hac enim compensatione agimus. Innumera sunt alia compensationum genera, quæ modò non tractamus; nihil enim pertinent ad meliorationes, *l. creditorem, ff. de leg.3. anthentica præterea, C. vnde vir.* De legato facto creditori, an fiat vt compensetur, alius est casus *in l. scribit Celsus, ff. ad Trebell.* vbi diminutio patrimonij per fideicommissum relicti compensatur cum fructibus; alius casus *in l. cùm pater, §. Titio, ff. de legat.2.* & *l. quod de bonis, §. quod auus, ff.ad leg. falcidiam*, vbi quantitas relicta suppletur ex fructibus perceptis; alium casum posuit Alexand. *in l.in fideicommissariam, num.9. ff.ad Trebellianum*, & *in l. filiusfamilias, num.4. ad legem falcidiam*, vt si parens rogetur à filio hæreditatem post mortem suam restituere, imputet fructus in legitimam portionem, per dictam legem *filiusfamilias, ff.ad leg. falcidiam*; quæ opinio an sit correcta per legem *scimus, §. repletionem, C. de inofficioso testamento*, quæ iubet repletionem fieri non ex fructibus, sed ex substantia parentum, qui textus licèt loquatur in filio, debet habere quoque locum in parente, modò non disputo; vide de priori compensatione Antonium Gomez *in tomo de vltimis voluntatibus, cap.12. num.27.* in qua re bene fateor esse plura iura quàm ipse adducit; sed eius distinctio & vera, & recepta est: de secunda compensatione

vide

vide Ariam Pinellum *dict. l. 2. de rescindend. vendit. part. 2. cap. 4. num. 63.* vbi aliqua remissiuè : de tertia compensatione vide latè Boërium *decis. 44. num. 17.* vbi latè, adeò vt vix eius sententiam percipere possis : de quarta compensatione vide Emanuelem Costam doctissimum *in cap. si part. 3. verbo priuare non possit, num. 37. de testamentis, lib. 6.* nostram meliorationem & fructuum compensationem secuti, non licet latiùs vagari; omnia enim illa altiori indigebant cognitione, modò non disputamus.

CAPVT XXIV.

De æstimatione facienda meliorationum.

Notabilia ex capite vltimo.

1 *Sumptus an debeatur, an verò melioratio, & an vtrumque.*

2 *Quomodo articulus meliorationis sit concipiendus in bonæ fidei possessore.*

3 *Limitatur regula communis ex communi sententia*, & num. 4. *agitur de ipsius veritate.*

5 *Meliorationes an sint æstimandæ in concreto, an in abstracto.*

6 *Totum an valeat magis quàm singulæ eius partes; & additur declaratio* ad l. 2. C. de rescind. vendit.

7 *Quomodo hæc æstimatio fiat ex actis, & testificationibus testium.*

8 *Agitur de lege* diem proferre, §. si plures, ff. de arbitris, *&* d.c. 1. de arbitris, lib. 6.

9 *Separantur illa iura à lege* inter pares, ff. de re iudicata.

10 *Species dicti* §. si plures, *& legis* inter pares, in fin. *differt ab specie capitis finalis* de re iudicata.

11 *Agitur de lege* in iudicio, ff. famil. ercisc. *& de lege* vna, ff. de quibus rebus ad eundem iud. eatur.

12 *Arbitrium nullum non mandatur executioni.*

13 *Defenditur Celsus Iureconsultus, & Bonifacius Summus Pontifex, ab impugnatione Molinei, & Couarruuias, & refellitur ipsorum ratio.*

14 *Decisionem* §. si plures, *& capitis* 1. *habere locum in arbitratoribus, & æstimatoribus; agitur de lege* si fundum, *& legibus sequentibus*, ff. mandati.

15 *In testibus quoque habere locum dictum* §. si plures, *& dictum caput* 1.

16 *In iudicibus quoque habere locum dictum* §. si plures, *& dictum caput* 1. *& adducitur lex* 16. tit. 22. part. 3.

17 *Applicantur omnia hæc iura consuetudini Galleciæ.*

18 *An isti æstimatores iurare debeant, adducitur distinctio.*

19 *Quales isti æstimatores eligendi sint, an periti, an seniores, & quomodo æstimaturi sint.*

20 *An omnino duo æstimatores sint eligendi, & an sufficiat vnus.*

QVomodo probentur expensæ factæ, & meliorationes, diximus suprà *cap.*20. *num.*22. *&* 23. cum sequentibus, sæpe autem probatio facta non admittitur, quia testes æstimationem meliorationum non aptè testificantur, nec secundùm iuris regulas, ideo sæpè præcipitur, vt æstimatores à partibus nominentur, qui de ea re visis meliorationibus veram æstimationem depromant; additurque tertius, qui discordantes & dissidentes iusta æstimatione compenset, cuius æstimationi standum sit. Quapropter quid aduertere hos æstimatores deceat, dicam; quid iudices oporteat considerare, confirmaturos, aut reuocaturos has æstimationes meliorationum; quomodo creandi sint æstimatores, quid facere, æstimaréque valeant, ne quid desit huic nostro tractatui. Atque in primis notandum est, vt hæc innotescant, separari,& distingui hæc duo, scilicet, sumptus, & meliorationes; diuersa sunt, diuersa vtriusque ratio, cùm possit fieri, vt expendas in fundo, nihílque meliores; ideóque neque vtrumque debetur, neque alterum duntaxat, sed alterum, ad alterum tamen relatum; id est, debetur sumptus, non verò simpliciter, sed quatenus proficuus & vtilis fundo sumptus fuit, vel vtiliter, vel necessariò. Itaque si expensas fecero, nihil verò meliorauero, ni-
1 hil debetur, quia nihil melioratum est; sumptus enim debetur, sed qui meliorem reddiderit fundum: totaque ratio sumptus & expensarum dependet ex melioratione, solus verò sumptus debetur: vnde si expendero centum, sed fundum in ducentis fecerim meliorem, centum duntaxat debentur,& pro centum quæ expensa sunt, fundus retinebitur: molas frumentarias exstruxisti in prædio vrbano, expendisti quingenta, prædium verò propter has versatiles molas creuit, melioratus in octingenta; non debetur melioratio integra, sed solùm quod impensum est, scilicet quingenta: contra verò expendisti octingenta, fundus in quingentis creuit, quingenta debentur. Diuersitatis ratio est, quia sumptus & expensæ principaliter veniunt soluendi, hi verò cum respectu ad meliorationem, vt eam non excedant, *l.sumptus, ff.de rei vendicatione*, ibi, *superfluum sumptum meliore prædio facto dominus restituere cogitur, l.in fundo, ff.eodem*, ibi, *quousque duntaxat quo pretiosior factus est, & si plus pretij fundo accessit, solùm quod impensum est*; & ibi scriptores: textus *in cap. de in integrum restitut.* ibi, *possessiones illas expensis ac labore suo reddiderint meliores, sumptibus, quos bona fide fecerint, debeant defraudari*; & tenet ibi Abbas *num.*4. post Innocentium: idem *in cap. quod quibusdam, de fideiussoribus*, idem *in cap. ad nostram, de reb. Ecclesiæ non alien.* Felinus *in cap. cùm causam*, de

de re iudicata, num. 28. Paul. *consil.* 270. *lib.* 2. Curtius Iunior *cons.* 44. Capycius *decisione* 93. *num.* 9. Antonius de Phano *de pignorib. & hypoth.* 5. *part. membro* 4. *num.* 2. alios allegat Aluarus Vazquez *dict. quæst.* 25. *num.* 28. qui post Bartol. *in dict. l. in fundo*, & post reliquos admonet Aduocatos, vt probationum articulos concipiant de melioratione, non solùm de sumptu; requiritur enim vt impensam habeas, meliorationem probare, quæ par sumptui sit; nam si minùs sit melioratum quàm expensum, meliorationis modus accipiendus est, & ad eum coniicere debent oculos æstimatores, quousque de ea re notio sit: nostro iure est textus *in l.* 39. 40. 41. *titul* 28. *part.* 3. quæ vtrumque coniungunt, meliorationem scilicet & expensas; & in hoc sensu perpetuò sunt, vt vtrumque requirant, ita vt nostro quoque iure ea decisio verissima sit.

Atque istud est, quod aliàs notabat Iason *in l.* 1. §. *hæres percepto fundo, ff. ad Trebellian.* quod quando soluuntur melioramenta facta, tunc non fit æstimatio, prout vendi poterant, sed prout in melioratione sit expensum: allegat legem 2. § *portio, ff. ad leg. Rhodiam de iactu.* Inductio patet ex verbis Iurisconsulti, ibi, *detrimenti, non lucri fit præstatio: dict. l. in fundo*, qui pro Iasone est melior textus, neque indiget vlla inductione. Facit lex *si fundum, ff. de in rem verso*, ibi, *siue pluris sit, non plus videatur in rem versum, quàm emptum sit*; ea enim regula dictæ legis *in fundo*, obseruata est à Iureconsultis, etiam in actione de in rem verso, vt si filius fundum emerit, & minoris sit fundus quàm emptus fuerit, tantundem videatur in rem versum, quanti dignus fundus fuerit; si verò pluris fundus sit, non plus videatur in rem versum, quàm emptus sit: ita vt condigna similitudine dicendum sit solùm id deberi nomine expensarum, quod expensum est, etiamsi plus melioratum sit; si verò minus melioratum sit quàm expensum, quod melioratum sit, debeatur, ita vt in ratione expensarum res retineatur pro impenso quidem, sed cum respectu ad meliorationem; ita tamen vt si melioratio minor sit quàm impensæ sint factæ, semper id quod minus est, debeatur, quia ad similitudinem patrisfamilias id solùm in vtilitatem & rem ipsius versum esse reperitur, nihilque amplius; atque adeò ex suprà traditis id quod expensum est, debetur, si tantundem melioratum sit: ex quo articulus hodie concipiendus est, partim ex melioratione, 2
partim ex sumptu, idque in possessore bonæ fidei; duplexque articulus necessarius est, alter qui contineat meliorationem factam, qui concipietur ex duplici tempore, in quo fundus non melioratus traditus est; & ex tempore, in quo melioratus reperitur: alter non continebit huius meliorationis veram æstimationem, sed veram impensam, quæ verè à possessore bonæ fidei expensa sit: perperam enim in possessore bonæ fidei concipitur articulus ex hac communi & vera resolutione in ea forma, quam quotidie concipiunt Aduocati, scilicet, *Item si saben que Fulano hizo en la cosa, sobre que es el pleyto perfectos, y mejoramientos vtiles y necessarios, que oy en dia estan y permanescen, que a justa y communal estimacion valen tanto.* Potest enim fieri vt quantitatem illam & summam expenderit, sed fundus in eam quantitatem non creuerit, isthucque quotidie negligitur à Iudicibus cum summa iniuria litigantium. Oportet enim istas causas forenses ex iure constituto metiri, non ex vano, & inutili

patrocinantium stilo: ergo in possessore bonæ fidei, de quo modò agimus, meliorationem inquirerem maiorem impensâ, deinde ipsam impensam, quod facile fieri potest, ex recepta sententia, & *ex dict. l. in fundo, dict. l. 2. §. portio, dict. l. sumptus, dict. l. si fundum:* quadrant verba nostræ legis 40. ibi, *tenudo es de tornar al otro todas las despensas que ouiere fecho*; & ibi, *que cobre aquello que y despendio*; & ibi, *las despensas que y ouiesse fecho*; quod millies repetitum est nostro iure.

3 Prædicta autem regula dictæ legis *in fundo*, non habet locum extra bonæ fidei possessorem, qui fundum ad se pertinere censebat, ipsumque verè possidebat, non iure dominij, sed iure solius possessionis; ita vt contrarium, aut saltem diuersum constituendum sit in eo, qui iure dominij, licèt reuocabilis, expendit, vt is meliorationes acquirat & conseruet, iuxta præsentem æstimationem, non prout olim constare potuerunt, quando expensum est, neque habita ratione meliorationis, ita vt emphyteuta, vsufructuarius, & fideicommissarius huiusmodi expensas nanciscantur, habita ratione præsentis æstimationis, modò pluris, modò paucioris fundus creuerit. Hanc tenent plures, Antonius de Neguzant. *de pignor. & hypoth. 5. part. membro 4. num. 16.* Bartol. Bald. Angel. Alex. & Iason *in l. domos, ff. de legat. 1.* Boërius *decisione 44.* Cremensis *in l. 2. Cod. de rescind. vendit. num. 225.* Paulus de Castro *consil. 270. volumine 2.* Antonius Gomez *in l. 46. num. 3. in legibus Taurinis*, Aluarus Vazquez *in dict. quæst. 25. distinct. num. 28.* Didacus Couarruuias *lib. 1. variarum resolution. cap. 8. vers. cæterùm*, Carolus Molineus *dict. tit. 1. §. 1. glos. 5. num. 97.* qui eam rationem esse ait, quia hi qui iure dominij rem habent tempore restitutionis faciendæ, tantùm transferunt ad dominum, quantùm ipsis abest, hoc est veram æstimationem eius quod verè impensum est, quodque impensa tempore restitutionis verè valet, *dict. l. si fundum.* Quapropter in eo teneri dominum dicendum est. Altera ratio est, quam adducit Aluarus Vazquez, quia isti, qui iure dominij habent istas res restituendas, faciunt istas expensas in suo, ideò tantùm eis soluendum est, quantùm ab ipsis est impensum; quæ ratio incidit in priorem, quia tantùm abest istis, quantùm accrescit illis verè dominis: mouentur isti omnes, qui separant bonæ fidei possessorem ab istis, qui iure dominij rem habent, vltra illas rationes, quæ facilè dilui possunt, *ex l. domos, ff. de legat. 1.* ibi, *ædificij æstimatio facienda est*: quem textum ad hoc notabilem dixit Antonius Gomez *dict. num. 3.* allegat etiam textum *in l. mulier, §. sed enim, vers. sed & ipse*, ibi, *si quem sumptum fecerit in res hæreditarias, detrahet: ff. ad Trebellian.* Adducitur etiam textus *in l. vbi purè, §. fin. ff. eod.* ibi, *qui in distrahendis, conseruandisque hæreditariis rebus sumptus factus est, imputari hæredi debet.* Præter hæc iura adducit Boërius *in d. decis. 44.* textum *in l. 4. §. hæc autem actio, ff. de vi bonor. raptor.* vbi Vlpianus in actione vi bonorum raptorum in factum eam concedit, & dari in duplum fatetur quanti ea res sit, idque ad verum rei pretium refert, & præsentis temporis faciendam æstimationem asseuerat. Adducitur textus *in l. continuus, §. cùm quis, ff. de verbor. oblig.* ibi, *non enim secundum futuri temporis ius, sed secundùm præsentis æstimari debet stipulatio.* Et hac recepta sententia in emphyteuta, vassallo, & fructuario, à quibus non ob titulum, sed ob culpam aut commissum repetatur, potest

test ſuſtineri articulus ille, qui quotidie fit & concipitur ad Aduocatis, obſeruata ratione ea, quam tradidimus capite proximo, *num.*58. atque idem obſeruandum erit in omnibus his, qui iure dominij res habeant, non verò iure ſolius poſſeſſionis, vt hac communi ſententia limitetur regula dictæ legis *in fundo*, dicti §.*portio*, dictæ legis *ſumptus*, dictæ legis *ſi fundum.*

Hæc tamen communis opinio, tot tantorúmque interpretum authoritate probata neque rationem habet; & ſi verum amamus, neque ius: iura enim illa omnia, quæ præſentis temporis faciunt mentionem, debiliſſimum faciunt argumentum; námque iura de ſtipulatione,& actione vi bonorum raptorum adeò aliena ſunt à noſtro tractatu, vt ex his argumentari ad æſtimationem expenſarum ſecundùm præſens, vel futurum tempus ſine pudore non liceat. Præterea regula Iuriſconſulti *in d.l.in fundo*, certa eſt: idem *in d.l.ſumptus*; quas licèt ad bonæ fidei poſſeſſores reſtringas, nulla tamen ratio ſatis cogit, vt ad fideicommiſſarium, fructuarium, emphyteutam, vaſſallum, cæteróſque huiuſmodi poſſeſſores protrahere non poſſis. Námque ratio illa, quâ ſuſtinenda videbatur communis interpretatio, ſcilicet quia hi, qui iure dominij res habent in ſuo, ſumptus iſtos faciunt, ſi rectè iudicemus multò fortior eſt in bonæ fidei poſſeſſore; qui quantum ad ſe pertinet, rem illam quam meliorat ſuis ſumptibus, ad ſe modis omnibus pertinere exiſtimat: ideóque ſicuti in illo non inducit æſtimationem ſolius ſumptus & ſolius expenſæ, iuxta tempus præſens, ſed illius quod verè expenſum & conſumptum eſt meliorando, quî fieri poteſt, vt in emphyteuta & fideicommiſſario, & aliis id genus inducatur contrarium; cùm hi ne exiſtimarent quidem in ſuo ſe omnino facere, etiamſi ciuiliter aut vtiliter quoad actiones ciuiles domini ſint, in promptu erat ſcientia rei aliquando reſtituendæ, quod ne poſſeſſor quidem bonæ fidei exiſtimare potuit. Quod ſi ius habent vtile ad exercendas actiones, quæ aliàs vero domino concedi ſolent, ac vtiles domini ſint, vbi obſecro hæc exceptio ſcripta eſt, vt à regula dictæ legis *in fundo*, decedere valeamus; quin imò ipſa ratio Molinei magis perſuadet, vt res debeat iudicari per dictam legem *in fundo*; an enim tantùm peruenerit ad dominum, necne? ex præſenti melioratione diiudicatur, ſcilicet, non ex ſumptu facto, ſed ex melioratione, quæ ex ſumptu reſultat: itaque ſi melioratio nulla ſit, nihil peruenit ad dominum, quia dominus præter ſuum fundum nihil accipit, namque expenſarum & ſumptuum rationem ex melioratione inquirimus, meliorationem ex perſona domini, non poſſeſſoris, *ex l.ſed an vltro*, *ff. de neg.geſt.* & quæ adduximus *capit.* 1. *num.* 30. & *cap.* 5. *num.* 9. quod ſi melioratio ſit, tunc ſumptus debetur, niſi hi ſumptus meliorationem excedant, quia dominus meliorationem accipit, poſſeſſor ſumptus amittit. Debet ergo intercedere melioratio, tunc ſumptus, qui facti ſunt, debentur, quia hoc ſolùm abeſt poſſeſſori reſtituenti rem, ſcilicet quod ex ſuo conſumpſit. Præterea communis illa opinio iiſdem, eiſdem authoritatibus diſplicet; namque Paulus de Caſtro *in dicta l.domos*, *verſic.ſed adhuc oppono*, variè diſtinguit, neque ſatis quieſcit; imò vt videre facile eſt, commiſcet alia, atque alia, nuſquam tutus, nec quietus, & ſuæ diſtinctionis multos adfert authores, eos quos communis opinio pro ſe adducebat: plures refert Boërius *dicta deciſ.* 44. *num.* 13. de

sumptibus gratiâ fructuum duraturis, aut non duraturis, de quibus latissimè egimus *capit. 1. per plures numeros.* Alia iura, vt dicta lex *domos*, dictus §. *sed enim*, dicta lex *vbi purè*, parum aut nihil faciunt, si rectè expendantur. In Lusitania aiunt in praxi receptam esse communem opinionem *in dict. l. domos*, & Bartoli ibi; apud nos etiam obseruatur, nescio sanè, an ex negligentia iuris, an verò ex ratione dictæ sententiæ & opinionis receptæ: certè video quoque obseruatum erga bonæ fidei possessorem, qui rem iure solius possessionis habet, non dominij. Ego obseruatas velim iuris constitutiones, postquam scriptæ sunt: certè in bonæ fidei possessore obseruanda omnino sine dubio erit decisio dicti §. *in fundo*, in his qui iure dominij res habent; per me sit suum cuique pulchrum.

5 Sed & illud aduertendum est, tradidisse Doctores indistinctè meliorationes æstimandas esse, non provt sunt in concreto, sed prout reperiuntur in abstracto; quâ formâ, & dicendi ratione & methodo primus vsus est Bald. more suo propria singularum facultatum nomina vbique confundens, ob eam vnam rem plerisque doctissimus, propter quam doctissimis ignorantissimus meritò videri poterat. Is igitur Bald. *in cap. 1. §. si quis de mansoribus, de controuersia inuestit.* & *in §. si vassallus, cap. 1. hic finitur lex*, atque eum secutus Ias. *in l. 2. Cod. de iure emph. num. 29. & 30.* asserunt æstimanda esse melioramenta huiusmodi in abstracto, non provt reperiuntur in concreto, quos sequitur Tiraq. *in 2. retractu, §. 7. glos. 1. num. 6.* Rolandus *consil. 28. num. 30.* contra quos licèt teneat Carol. Molin. relatus, non tamen suo nomine, idque immeritò (neque enim cum laruis luctandum est) ex Aluaro Vazquez viro docto & egregiè erudito, vbi suprà *dict. quæst. 25. num. 16. ad fin.* tenebat id Carol. Molineus *dict. glos. 5. §. 1. tit. 1. num. 98. in consuetudinibus Parisiensibus*; aiunt enim ex ea æstimatione subtili defraudari meliorantes à suis meliorationibus, quia diruti, & in partes separati, & distincti ædificij valor multò minùs constat, quàm si totum simul ædificum æstimetur. Carolum Molineum sequitur Iulius Clarus *lib. 3. sententiarum, §. feudum, quæst. 86.* qui, & Carolus Molineus verè non sunt recta ratione docendi vsi; namque æstimatio meliorationum, sicuti conseruatio earundem, non pendet ex damno, vel commodo possessoris, vel domini, sed ex iure æquo & bono, quod scriptum est, *ex dict. l. in fundo.* Proinde dominus, siue abradi patiatur, siue meliorationes soluturus sit, semper habere debet præsentem regulam illam Celsi, vt vtilitatem inquiramus; eâ verò quæsitâ, si minor vtilitas sit, quæ nisi in concreto considerari non potest, namque vtilitas resultat ex vniuerso opere confecto vniuersè accepto, itaque meliorem esse fundum nunc cùm restituitur, quàm fuerit olim, constet ex reditu ex opere facto vniuersè accepto, quia scilicet riui ducti sunt, molæ frumentariæ erectæ, & alia id genus facta, idque in concreto est, id est, respectu totius operis vniuersè accepti, non considerando singula tigna, trabes, tabulas, lapides, calcis, argillæve singulos modios & mensuras, quasi singula ab ædificio ipso separasses; quæ æstimatio dicta fuit Baldo in abstracto, nescio quantum benè; nam quas voces à Dialecticis, eisdemque sophisticis non elegantioribus vsurpauit, ineptè iuri nostro applicauit; aiunt enim illi facultates & scientias tractari in abstracto, non in concreto: quod Aristotelici, &

qui

qui Ciceronem amant, dicere solent, vniuersales esse facultatum & scientiarum regulas, non verò particulares; dicimus enim hominem ridere vniuersè, id quidem intelligendum esse vniuersè, non de Heraclito, quique Gelasinus dictus est Democritus, eâ regulâ etiam continetur, quia vniuersè flebilem hominem esse dicimus: itaque regulæ vniuersæ traduntur, de singulis enim rebus nec possunt, nec debent præcepta constitui. Has nostro iure nos definitiones vocamus; cumque dicimus testationem mentis testamentum esse, & testationem esse rei veræ probationem, vniuersè id dicimus; dicunt barbari in abstracto, non descendentes ad singulorum testamenta & probationes, quæ plerumque nec rei veræ, nec mentis probationes, aut attestationes sunt: quæ singula si persequeremur, concreta cum barbaris nos tractare oporteret. Baldus autem ad meliorationes has voces transferens, id quidem efficere voluit suis illis ineptis verbis, & parum intellectis, easdem illas voces peruertens, vt meliorationes soluantur, & æstimatio ipsarum fiat respectu, non totius operis facti, quod ipse vocabit in concreto; sed solùm respectu singularum partium, quod vocat in abstracto. Itaque æstimatores debent totum ædificium, & singulas eius partes æstimare, vt veram æstimationem meliorationum proferant. Denique in opere & facto, vt magis hæc explicemus, ex quo melior factus sit fundus, censet Baldus æstimationem faciendam singularum partium, id est, quot trabes, quot tigna, quot tegulæ, quot lapides, quot calcis, quot argillæ mensuræ, quot diurna artificum stipendia consumpta expensáve sint, atque ea omnia deberi; quod mihi secundum rationem esse videtur, & certè id voluit apertè Celsus *in d.l.in fundo*, ibi, *solùm quod impensum est*: ex quo puto distinguendum vt diximus isto capite, *n.*1. nam si magis expensum sit quàm melioratum, tunc quia sola melioratio debetur, atque ea non potest considerari nisi respectu totius operis, planè hoc casu totum opus vniuersè æstimabitur, nihílque descendemus ad singulas partes, quæ meliorationem excederent, ad quas non est deueniendum, quia non debentur; præsupponimus enim magis fuisse expensum, quàm melioratum; quo casu necessariò in concreto facienda est æstimatio respectu pretij & æstimationis meliorationis, quæ reditum & vtilitatem fundi adaucti respicit; si verò minùs sit expensum quàm melioratum, tunc quidem coacta ratione æstimatio debet fieri respectu singularum partium, quia *ex d.l.in fundo*, quod impensum est, debetur, & sic in abstracto. Obseruata autem hac Iureconsulti ratione, neque iniuria fit possessori, nec domino, sed ratio iuris constituti obseruatur, quæ scripta est. Ex hac dicendi ratione scriptorum placita temperantur; præterea quia etiamsi ista æstimandi meliorationes ratio scripta non esset, adhuc ista facienda foret, non enim fatemur diruendum ædificium, & disiiciendum; diruto autem eo & disiecto esse æstimanda rudera, & singula eius ædificij; quod existimabat planè Carolus Molineus *d. n.* 98. nam hoc pacto disruptas trabes, refixas tabulas, disiectos lapides, nullius ferè pretij esse constat, sed cùm integrum ædificium sit, quærere singularum partium veram æstimationem, vt diximus, non video quam iniuriam afferre possit possessori, vtilitatem certe afferre potest. Præterea ratio expensarum debet fieri sigillatim de singulis rebus expensis, & vera cuiusque æstimatione, non confusè, vt diximus *c.*20. *n.*22. *versic. hic tamen codex*, vbi de probatione egimus meliorationum

tionum & expensarum. Cùm ergo hæc ipsa æstimatio facienda ab æstimatoribus in nihilo distet à probatione, debet fieri sigillatim æstimatis singulis rebus ad eam quantitatem, quæ verè expensa sit, *ex d.l.in fundo*; in bonæ autem fidei possessore ad eam summam, qua res præsenti tempore constare possit, si communem opinionem sequaris receptam in iis, qui iure dominij res habent. Certè vtroque casu, si de expenso ratio ineatur, sigillatim de singulis rebus ex-
6 pensis facienda est: præterea hæc ipsa ratio vtilior est possessori, quàm si confusè ipsa melioratio dumtaxat, aut totum ipsum æstimetur; quamuis enim iuris intellectu totum valeat plus quàm omnes singulares partes per se, neque tantùm valeant partes fundi seorsum separatæ, quantum totus fundus simul, *l.Mæuius*, §.*fin.ff.famil.erciscund.* ibi, *vniuersæ res æstimari debent*, *non singularum rerum partes*, vbi glossa *verb. partes*, glossa *in l.1. C. communi diuidundo, verbo parte pretij*; vbi Doctores, & Salycet. *in l.fin. Cod. de iure dotium*, Bartol. *in l.vxorem*, §.*agri plagam, ff.de legat.3.* textus *in l.Mæuius*, 68.§. *in fundo, ff.de de legat.2.* sæpe tamen vsuuenit, vt pluris vendantur singulæ partes fundi quàm toto valerent, quod frequentiùs contingit ob singularem cuiusque affectionem, & propter particulares cuiusque partis circumstantias: tum quia facilior est emptor vineæ, salicti, pineti, aut horti, quàm totius fundi, qui eas partes habet: vnde Carolus Molineus *in tract.de eo quod interest,n.*114. de facto consultus respondit in materia legis 2. *C. de rescind.vendit.* venditorem villæ, aut fundi, non esse admittendum, neque posse probare læsionem ex eo quod de facto tempore venditionis totius fundi singulæ partes eiusdem fundi habituræ essent vicinos emptores, qui singula prædia multò pluris emissent, quàm totus fundus esset emptus; iuris enim intellectu totus fundus plus valet, quàm singulæ eius partes, licet propter particularem affectionem & faciliorem emptionem faciliùs & cariùs singulæ partes vendantur; quæ affectio cùm nusquam non sit, potest æstimatio facta per partes maiorem vtilitatem afferre; sed in nostro casu de expenso disputatio est, quod nisi sigillatim fieri nequit, quamcumque opinionem teneas, de quibus suprà.

7 Hæc autem æstimatio plerumque fit à iudice ex probatione partium, ac per sententiam ex testibus & eorum attestationibus; atque in nostro Senatu, si ex actis aptè constare possit æstimatio sumptuum, vtpote quia testes ritè & rectè secundùm iuris regulas veram æstimationem attestantur, nunquam relinquitur executori sententiæ liquidanda, idque optimè fit; nam præterea quod in fructibus isthuc lege latè constitutum est, vt quoties ex actis vera ipsorum æstimatio haberi possit, non relinquatur executori, ne lites ex litibus protrahantur, quod ex identitate rationis necessariò recipiendum est in æstimatione fructuum, & meliorationum, ne scilicet quod rectè à sapientissimis iudicibus æstimari possit, relinquatur executoris rudi, ignauoque iudicio, qui difficiliores solent facere executionum causas, quàm ipsæ fuerint olim cùm cœptæ sunt. Igitur cùm ex actis facienda erit ista æstimatio, quia testes ritè, & rectè; aptè, & secundum iuris regulas de æstimatione harum meliorationum testificentur, quod rarò fit, iudices veram quoque æstimationē eàrundem meliorationum pronunciabunt, facturi autem hanc æstimationem aduertent ad glossam *vers. consenserunt, in l.diem proferre, §.si plures, ff.de arbitris*; & quæ ibi Bart. & Ias. vt etiamsi

decisio

decisio textus ibi, minorem summam capiat tanquam ab omnibus approbatam, illud specialem habeat considerationem in arbitris, ita vt in testibus aliud obseruandum sit; postquam enim illud ex fide testium iudicandum est, ea summa accipienda est, in quam plures testes consenserunt: quod si tres duntaxat essent testes, quorum singuli diuersas summas profiterentur, tunc est recurrendum ad decisionẽ textus *in d.l.diem proferre*, §.*si plures*, & ad pontificiam decisionem *in cap.*1.*de arbitris, lib.*6. idem si diuersi testes numero pares in diuersis summis consentiant. Nam si plures numero aptè testificantes in vnam summam conueniant, in eam ituri sunt iudices, vtpote maiori numero testium approbatam. In illa verò pari testium varietate aliud sequendum est, quod tamen interpretatione eget, quia viris eruditissimis visa est omnino difficilis, & à ratione iuris aliena; ideò circa eam non nihil immorandum est.

Extat Vlpiani responsum *in d.* §. *si plures*, quod solet difficillimum iudicari, 8
propter rationem ipsiusmet Vlpiani, quæ viris doctissimis non vsque adeò placet. Verba Vlpiani hæc sunt: *Inde quæritur apud Iulianum, si ex tribus arbitris vnus in quindecim, alius in decem, tertius in quinque condemnet, cuius sententiæ stetur: & Iulianus scribit quinque debere præstari, quia in hanc summam omnes consenserunt.* Quod quidem Vlpiani responsum Bonifacius VIII. Pontifex summus *in suo sexto libro epistolarum decretalium* reposuit, *in c.*1.*de arbit.* & tamen in priori parte ita temperat Vlpiani decisionem, vt si duo in decem, tertius in quinque condemnet, duorum præualeat iudicium, cùm maior pars sæpe meliorem vincat: sæpeque vsu venit, vt peritissimus quisque, propter ingenij subtilitatem à pluribus, eisque rudioribus relinquatur, vt de his, quod de Catone, dici possit, *Victrix causa diis placuit, sed victa Catoni.* Ita enim naturâ ipsâ constitutum est, vt naturaliter homines dissentiant, & quot capita sunt, tot sententiæ passim reperiantur: Aristoteles Milesiorum rempublicam circa iudicia subuersurus, *lib.*9.*Politicor.c.*6. ait eam vnum iudicium principale posuisse, ad quod omnia malè iudicata reuocarentur, idque constitutum ex senibus deuictis, quia sententias non calculis ferrent scriptis, in quas quisque scriberet, ne si condemnaret simpliciter, vel simpliciter absolueret (quod à Græcis fiebat) cogerentur iudices absoluere eum simpliciter, qui si non totam summam petitam deberet, partis tamen debitor verè extitisset, seipsos peierantes, & sacra & iusiurandum violantes. Igitur Aristoteles vt hanc rempublicam non mehercule in hac iudicij forma malè constitutam subuertat, aduersus Milesios more suo quibusdam quasi aculeis pungens, litigiosam fore sententiam, quæ in hoc iudicio proferretur, asseuerat; ait enim, si petuntur viginti, iudicum autem vnus decem iudicet, alter quinque, alter quatuor, & hoc modo diuidant, & alij in totum condemnent, alij in nihilum, quis inquit erit modus sententiarum concordandarum? hæc Aristoteles, quem malè Alciatus *lib.*9.*parergon, c.*14. refert, quasi Iureconsulti Vlpiani comprobantem sententiam, & responsum, cùm subuertat potiùs, deducto argumento ad inconueniens, existimans Milesiorum rempublicam in hac iudiciorum forma non benè constitutam. Quodque in hoc doctissimus Couarruuias *lib.*1.*variarum resol.cap.*2. refert de Plinio iuniore *epistolar.lib.*8. *ad Aristonem*, & de Quintiliani Rhetoris declamatione, etiamsi in hoc iudiciorum genere versetur, tamen non ad Vlpianum pertinet; ego apud

Quintilianum nihil reperi, apud Senecam pauca, *lib.3. declamationum, declamatione 2.* Illa tamen alia sunt ab his quæ tractat Vlpianus *in d. §. si plures*, & Summus Pontifex *in d.c.1.* pertinent enim ad capitale iudicium, & *ad l. inter pa-*
9 *res, ff. de re iudicata*, quarum species ea est: Si duo iudices relegent, duo infamiâ notent, in septuplum condemnantes tres reum capite damnent, an sint coniungendæ sententiæ, quæ vitam conseruant, vt vincant eam quæ reum capite puniendum esse censet: itaque eorum quæstiones, & controuersiæ in eo sunt, an separari possint sententiæ occidentes à non occidentibus; in quo particularis ratio reperitur, conseruatio nempe humanæ vitæ, quam quidem vbique Iureconsulti amant, & obnixè tuentur: in nostro casu agimus de quantitate soluenda, in qua plures summæ, illæque diuersæ in diuersis iudicum sententiis reperiuntur; cui speciei applicabitur vltima pars dictæ legis *inter pares*, non verò prior; in qua specie ratio condemnationis sumenda est à iure quod reperitur expressum *in d. §. si plures*, & *in d. l. inter pares, in fin.* & *in d.c.1.* quorum decisiones Couarr. doctissimus difficiles esse ait. Idem ante eum dixerat non sine gloria Carolus Molineus, vir vbique doctissimus, sed sibi in suis opinionibus nimium placens, & arridens, exitiali philautiæ morbo subiectissimus; idque *in consuetudinibus Parisiensibus, tit. 1. § 33. glos. 3. n. 13.* post Baldum (vt videas nihil ignorasse antiquitatem) *in l. 1. Cod. de sententiis quæ sine certa quantitate*, quem refert doctissimus Couarr. *variar. lib. 1. cap. 2. n. 6.* qui quamuis conentur non ineleganti ratione ostendere decisionem Celsi *in d. §. si plures*, Pauli *in dict. l. inter pares, in fine*, & Summi Pontificis *in d.c.1.* ægrè sustineri posse, ni tanta authoritate defenderetur; ego sanè existimo eos habuisse bonam & præclaram rationem, antiquitatis plenissimam, obseruatam olim in arbitris, quæ latuerit Molineum, de qua proximè dicemus; illud priùs animaduertentes, decisionem capitis finalis *de re iudicata, in fine*, ibi, *quod si ex compromisso, neutra debet habere vigorem* (vbi si duo arbitri diuersam quisque sententiam profert, nihil effectum est,) quia in nulla parte eius sententiæ & arbitrij consensus reperitur; quod si in aliquo consensus reperiatur, in eo sententia sustinetur; procedere, scilicet dictum caput finale, & obtinere in duobus arbitris, quorum vterque diuersam sententiam omnino protulerit, quod ad literam ex illo capite finali colligitur: at verò *in d. §. si plures*, & *in d.c.1. de arbitris, lib. 6.* est aliud, in quo consensus reperiri potest, scilicet minor summa, iuxta dictam legem *inter pares, ff. de re iudicata, in fine*: & ita nullum argumentum deduci potest *ex d.c. fin.* ad impugnandam decisionem Celsi *in d. §. si plures.* Præterea non impugnat Celsum decisio Pauli *in l. in hoc iudicium, ff. famil. erciscund.* vbi iudicium diuisum in partes, non sustinetur. Ibi enim propter naturam iudicij vniuersalis de vniuersa hæreditate, & inter vniuersos hæredes iudicium ab eo iudice, cui de ea re notio erit, proferendum est, aliàs inquit Paulus, res iudicata pro parte valere, pro parte verò non valere vix potest, in quo duo particularia sunt, scilicet natura iudicij, quod vniuersum est, & diuidi ipsum iudicium non potest, nec enim de hæreditate eadem ad diuersos eundum est iudices, sed ad vnum, qui possit inter omnes iudicare, *l. vna, ff. de quibus rebus ad eund. iudic. eatur*, cuius legis decisio frequens in foro est, quoniam ex ea causa ad Senatores Regios occurri potest, cùm de hæreditate agitur diuidenda inter plures hæredes, quorum singuli conueniri de

actione

actione priuata non possent, apud eos præsertim, cùm horum hæredum alij aliis iudicibus subsint, nec possint omnes simul coram eodem conueniri: ideò sæpè admissum in hoc Senatu animaduerti hoc iudicium, *ex d.l.vna*, & ratione dictæ legis *in hoc iudicio*; sæpè quoque repulsum hoc iudicium aduerti, nec admissam notionem in hoc Senatu ex hac causa; quia ea non sit scripta inter causas quæ possint in hoc Senatu tractari, hoc quod vulgo dicitur, *que no sea caso de corte*: æquissimè tamen facient iudices, qui admiserint, cùm nequeat alibi in- 11
tegrè causa illa tractari: alterum autem *in d.l.in hoc iudicio*, particulare est, quod de tota hæreditate iudicium suscipi & proferri debet, ne diuidatur, ex Pauli sententia; diuidi enim iudicium illud non potest, sed de vniuersa hæreditate inter omnes & vniuersos hæredes faciendum est, ne alicuius persona omittatur; namque si omissa sit, non possunt aliorum partes constare. Pone quatuor esse hæredes, duos transegisse, vt duobus transigentibus portiones legitimæ constituantur, aliorum quoque non transigentium ratio habenda est, quæ si omittatur, planè iudicium ipsum constare non potest, *ex d.l.in hoc iudicio*, ex qua condemnationes, & absolutiones in omnium persona faciendæ sunt; & ideò si in alicuius persona omissa sit condemnatio, in cæterorum quoque persona quod fecit iudex non valebit, quia non potest ex vno, eodemque iudicio res iudicata in parte valere, in parte non valere. Hæc Paulus; vnde quia istud iudicium nullum est, non mandabitur executioni, cùm constet euidenter, ex actis scilicet, aliorum partes omissas; quæ nullitas, notoria & manifesta ex actis, impedire solet quamcumque executionem, etiam trium sententiarum conformium. Bald. *in l.1.C.ne liceat tertiò prouocare.* Cardinalis *in Clem.1.de re iu-* 12
dicata, Francus *in c.dilecto de appellationibus, q.52.* Alciatus *lib.1.de verborum significatione*, Aymon *consf.3.* Felinus *in c.inter cætera, de re iudicata*, Iason *in l.1. n.8.ff.de noui operis nuntiatione*, & *in l.si is ad quem, ff.de acquir.hæreditate:* est receptissima conclusio Corneo *consil.204.lib.2.* Imolæ *in l.de pupillo, §.qui opus, ff.de operis noui nuntiatione.* Ita resoluit doctissimus Couarr. *practicar. qq. c.25. n.2.versic.primum igitur.* Ideò si arbitri inter duos pronuntient hæredes de vniuersa hæreditate, omissis aliis, illudque constet, forsan non mandabitur executioni tale iudicium manifestè nullum, *ex dict.l.in hoc iudicio*; quamuis enim aliàs arbitria habeant executionem paratam iure nostro, & olim habuerint, *ex l.diem proferre, §.stari, ff.de arbitris*, ibi, *stari debet sententiæ arbitri, quam de re dixerit, siue æqua, siue iniqua sit, & sibi imputet qui compromisit*; *nam & diui Pij rescripto adiicitur, vel minùs probabilem sententiam æquo animo ferre debet*; illud tamen recipiendum est in arbitriis rectè, riteque obseruatis, non in his quæ nullius momenti Iureconsulti esse dixerunt, vt est *in d.l.in hoc iudicio*: itaque decisio text. *in d.l.diem proferre, §.si plures*, & *d.c.1.* nihil pertinet *ad d.l.in hoc iudicio.*

Vnde neque illa inuestigatio quicquam ad nos pertinet, an condemnans in 13
minori absoluere voluerit à maiori summa, de qua Bart. *in l. si plures, ff.de fideiussoribus*, Felinus *in c.cùm inter, de re iudicata*; quod enim attinet *ad d.§.si plures*, & *ad d.c.1.* parum, aut nihil faciunt, cùm in eis consensus reperiatur condemnationis in minori summa, ob idque difficilior est decisio dicti §. *si plures*; semper enim illud in promptu esse debet, interfuisse ibi tres iudices, eosque arbitros, qui in minore videntur consensisse quantitate, vt tandem distet longiùs

ab specie legis *inter pares*, & *cap.fin.* & *l.in hoc iudicio*; quod licèt senserit doctissimus Couarruuias vbi supra, *d.c.2.n.6.* tamen ipse aliam rationem adducit, quam fortiter instruit, propter quam exorbitantem & impropriam, neque satis firmam rationem, nullam decisionem Celsi *in d.§. si plures*, & cum ea constitutionem Pontificiam existimat *in d. c.1.* secutus Carolum Molineum *vbi suprà.* Ratio autem ea est, quòd iudicis etiam arbitri sententia referenda sit ad libellum, sicut sententiæ reliquæ quorumcunque iudicum, cùm arbitria instar sint iudiciorum; compromittens autem, vt ipse Molineus ait, maiorem summam & quantitatem petens, minori summæ & quantitati consentire non vult, sed tanquam si rem peteret, aut corpus, ita summam quoque exigit: vnde arbiter, qui de minore summa soluenda pronuntiat, planè dissidet reuerà ab eo, qui maiorem deberi protulit; & rursus tertius à duobus, qui diuersam quoque pronuntiauit quantitatem soluendam, quasi res diuersas, aut diuersa corpora quisque tradenda protulisset: consistunt enim numeri in indiuiduo, sicuti ipsæ res, Aristoteles *lib. 13. Metaphysic. c.9.* quingenta enim reuera non sunt quinquaginta, neque centum decem, etiamsi quingenta quinquaginta contineant, centum verò decem; vnde reuerà, aut formaliter, vti Molineus & Couarruuias dicunt, iudices duo, quorum alter in quingenta, alter in quinquaginta condemnat, diuersas proferunt omnino sententias, tanquam si vnus ædes censeret restituendas, alter bibliothecam, cùm hi numeri diuersi specie sint, & specificè separati, quantumvis contineant maioris & minoris quantitatis respectum & proportionem. Hæc est ratio Molinei & Couaruuias, propter quam difficilem, & exorbitantem existimant Celsi illam decisionem *in d. §. si plures*: neque vniuersè existimat Couarruu. accipiendam decisionem Celsi, sed parciùs admittendam; ideoque negat doctissimus Couarruu. admittendam extra arbitros, vt dictus *§. si plures*, & dictum caput 1. & lex *inter pares, in fin.* non habeant locum in arbitratoribus, neque in æstimatoribus, quoniam exorbitans decisio iuris sit, & difficilis, longéque absit à vera ratione iudiciorum, de quo mox aliqua, simulátque rationem Caroli & Couarruuias ostenderimus procul abesse à vera & antiqua iudiciorum forma. Illa enim doctissimorum virorum ratio tota inde trahitur & descendit, quòd sententia arbitrorum conuenire debeat libello & conclusioni compromittentis, atque dissidere videantur arbitri, qui diuersas sententias à libello proferant: atque ex sola hac ratione facilè labefactari potest eorum noua illa ratio; maximum enim in hoc discrimen est inter iudicia & arbitria: neque satis Carolus Molineus, qui prior in Iureconsultum & Pontificem inuectus est, rationem antiquam arbitriorum assecutus est, quod non maleuolè dictum velim; noui enim ipsum virum doctissimum, sed vt inquit Imperator Iustinianus *in l.1. C. de veteri iure enucleando*, potest vnius forsan & deterioris sententia, & multos & maiores in aliqua parte superare. Veteres olim, ita constituebant, iudicium rei certæ esse, arbitrium autem incertæ; iudiciúmque eò vsque agitari, vt totam litem vel obtineamus, vel omittamus, in arbitrio non item, in quo neque nihil petitur, neque totum: vterque compromittens plus petit, quàm scit sibi deberi, ob idque arbitrij & iudicij,& olim & hodie longè alia ratio est; in arbitrio neque libellus erat, neque hodie fit; conclusionem libelli,vel petitionem compromissi spectant arbitri,

bitri, sed ad id oculos, mentemque coniiciunt, quod æquius & melius est; vnde arbitria particularem habent rationem, propter quam minima summa à Celso admissa sit, quia æquum & bonum quod in arbitriis versatur, id exigere videbatur, quod Cicero eleganter in oratione pro Roscio Comœdo his verbis scriptum reliquit. *Pecunia* (inquit Cicero) *tibi debetur certa, quæ nunc petitur per iudicem. In qua legitimæ partis sponsio facta est, hic tu si amplius H.S. nummos petisti, quàm tibi debitum est, causam perdidisti, propterea quod aliud est iudicium, aliud arbitrium: iudicium est pecuniæ certæ, arbitrium incertæ; ad iudicium hoc modo venimus, vt totam litem aut obtineamus, aut omittamus; ad arbitrium hoc modo, & animo adimus, vt neque nihil, neque tantùm, quantùm postulamus, consequamur: cuius rei ipsa verba formulæ testimonio sunt: quid est in iudicio? directum, asperum, simplex: si peteret sestertia quinquaginta tria dari, hic nisi planum faciat sestertia quinquaginta tria ad libellum sibi deberi, causam perdit. Quid est in arbitrio? mite, moderatum, quantò æquius & melius, id clarius; ille tamen confitetur plus se petere quàm debeatur; sed satis supérque habere dicit, quod sibi ab arbitrio tribuatur. Itaque alter causæ confidit, alter diffidit.* Hactenus Cicero.
Vides igitur antiquam formam iudiciorum & arbitriorum; vides in iudiciis 14
versari asperum, & directum, in arbitriis æquum & bonum, quod sustinet iudicium arbitrarium in ea summa quæ petita non sit, quoniam in arbitrio nec quod petitum est, admittitur, sed quod æquum & bonum est. Quæ fuit formula antiqua iudiciorum & arbitriorum: inde illis etiam temporibus contractus omnes bonæ fidei, in quibus Prætor ex bona fide iubebat sententiam proferri, in quibus iudiciis præter id quod expressè gestum, actúmve erat, veniebat æquum & bonum, etiamsi nihil de eo actum, gestumve esset: quod æquum & bonum replebant ex variis causarum circumstantiis, personarum, locorumve, *l. bona fides, ff. depositi.* Ea iudicia in quibus non erat standum actis, gestísve à partibus & contrahentibus, sed æquitatis ratio admittebatur, etiam ad ea quæ neque gesta, nec acta essent, nec petita aut postulata, vocabant veteres arbitria; quoniam sicuti arbitria bonum & æquum admitterent, vltra id quod gestum, actumve expressè esset. Ita Cicero *lib. 4. offic.* dicebat Quintum Scæuolam Pontificem maximum censere summam vim esse in omnibus arbitriis, in quibus adderetur ex fide bona; quod Ciceronis dictum eò referendum est, vt quia iudicia bonæ fidei, vt diximus capite proximo, *n.* 10. extenduntur vltra ea quæ gesta, actave sunt, quantum concedat æquum & bonum ex circumstantiis personarum, causarum, locorum & temporum, meritò arbitria dicantur, quæ hanc æqui & boni rationem admittunt: itaque sæpè à Cicerone cumulantur hæc verba non otiosè, quod vir ille facere non solet, sed vt liberam potestatem significet; iudicium enim liberum non est, arbitrium solutum est legibus. Ita ille *in proœmio de officiis ad Marcum filium*, inquit: *Sequimur igitur hoc quidem tempore & hac in quæstione potissimùm Stoicos, non vt interpretes, sed vt solemus, è fontibus eorum, iudicio, arbitrióque nostro, quantum quoque modo videbitur, hauriamus; arbitrium continet liberam potestatem, non item iudicium.* Vides ergo quàm diuersa fuerit antiquis iudiciorum & arbitriorum forma: iudicia erant sicuti contractus illi stricti iuris, in quibus non addebatur ex fide bona, aspera, simplicia, & rigida; arbitria sicuti contractus bonæ fidei, mitia, mode-

rata, æqua, & bona; in illis aut nihil, aut totum sententia iudicantis dabat; in his neque nihil, neque totum, sed quod bonum & æquum: vnde Celsus *in d.§.si plures*, minorem summam elegit, quia id in illo iudicio dissentientium iudicum æquius & melius visum est; vix enim est, vt formulam illam veterem arbitriorum ignorasse credatur, neque eum secutus Bonifacius Summ. Pontif. vnde meritò in arbitratoribus dictus § *si plures*, & dictum caput 1. est recipiendum, ex ea formula antiqua, quia in his maior est facultas arbitrij, quàm in arbitris, multoque fortior est ratio æqui & boni, cùm facultas arbitrij plenissimè arbitratoribus concedatur quotidie, quantum æquè, benéque videatur, vt tantùm auferant, adimántque: ideo ex ratione illa arbitriorum, quia ea copiosior in arbitratoribus est, dissidentibus arbitratoribus ad Celsum, & Bonifacium recurrendum est, *in d.§ si plures*, & *in d. c.*1. contra Molineum, & Dominum Couarruuiam, *vbi suprà*, qui contrarium tenebant contra Lanfrancum *de arbitriis, c.multis, q.*12. Verius multò est, ex formula arbitrij antiqua minorem summam esse eligendam, dissentientibus arbitratoribus: neque enim decisio dicti §.*si plures*, & dicti capitis 1. est exorbitans, sed iuri consona, ideoque his omnibus iudiciis applicanda est, in quibus arbitrij natura, causa, ratio, & similitudo reperiatur; reperitur vberior, & potentior in arbitratoribus, ex vberiori, & potentiori facultate arbitrandi, quæ conceditur arbitratoribus; ideò & isti neque totum, neque nihil præstabunt, sed quod æquius, meliúsque sit. Præterea in æstimatoribus, si à partibus eligantur, vt veram meliorationum æstimationem pronuncient, ipsisque dissentientibus tertius creetur, diuersas summas proferentibus singulis, erit locus decisioni dicti §.*si plures*, & dicti capitis 1. quia in his est arbitrij quædam similitudo, cùm eligantur vt arbitri, cùm nihil ab illis petatur, cùm subsit illa ratio æqui & boni, quæ non erat exorbitans in arbitriis, sed secundum ius, & iudiciorum naturam & qualitatem mite, benignum, moderatum, æquum, & bonum, quod in omni parte iuris præcipuum locum debet obtinere; & licèt doctissimus Couarruuias contrarium teneat vbi supra, *d.n.* 6. tamen neque ratione, neque authoritate defenditur: rationem diluimus, authoritatem eneruabimus, vt planum fiat in æstimatoribus quoque esse recipiendum Celsum *in d.l.si plures*, & *in d. c.*1. allegat ille pro contraria opinione Bald. *in l.*1. *C. si seruus extero, q.*6. sed Bald. ibi, neque verbum de æstimatoribus: allegat Antonium Corsetum *singulari verbo sententia*, qui neque de æstimatoribus, sed de arbitratore, & malè; allegat Gerardum *singulari* 25. qui planè tenet contrarium; allegat Iasonem *in §.sequens, n.*36.*Institutis de actionibus*, qui nec verbum: Salicetus, quem ipse allegat, solus restat eius opinionis author, sine iure, sine ratione: contra ipsum expresè tenet Gerardus *d.singulari* 25. *ex d.* §.*si plures*, & *d.c.*1. postremò ait Couarr. esse pro sua illa opinione textum, quem dicit insignem, *in l.si fundum, cum l.seq. ff. mandati*, qui nihil pertinet ad æstimatores, nec ad arbitros, aut arbitratores: longè alia species est Iureconsulti ibi, fit enim ibi omnium summarum coaceruatio, eaque posteà diuiditur in partes, vt vera pars pretij, quæ mandatario danda sit, constet; vtilitas eius legis versatur in rationibus mercatorum, & computantium, vbi incerta summa est; denique alia est iuris vtilitas, alius vsus, vt patet ex prædicta lege *si fundum*, & *l.ita tamen, ff.mandati*;

ad

ad certas autem summas mutuò dissidentes arbitrantium, aut æstimantium applicari certè non possunt, salua iuris ratione. Quod redditurus fundus Seianus fuerit anno septuagesimosexto, si ex iuris regulis inuestigandum sit, capies redditus trium annorum, qui transacti sint, neque vberrimos, neque sterilissimos; coacerua in vnam summam, coaceruatam diuide in partes, pars altera reditum efficiet eius anni, de quo inuestigatio fit, *ex d.l.si fundum,& l.ita tamen, ff.mandati*; quod addidimus exempli causâ, poteris facile applicare aliis reputationibus, certè ad æstimatores, qui diuersas summas protulerunt, applicari non potest, cùm expresè regula scripta sit *in d.§.si plures, & in d.c.*1. quæ non sunt exorbitantes, & à iuris ratione alienæ, sed mites, moderatæ, & æquæ & bonæ, à quibus non sit facilè decedendum, cùm habeant fundatam iuris rationem, antiquam nempe arbitriorum formam, quibus res æstimanda commissa sit, dum à partibus eliguntur, vt de ea re sententiam proferant, quod faciebant arbitri; ideoque in arbitriis decisiones illæ non solùm erunt admittendæ, sed in arbitratoribus,& æstimatoribus,in quibus elucescunt rationes arbitrij, *dict. l.si fundum*, & *l.ita tamen*; in computationibus recipietur vtilitas illius, in rationibus spectabitur.

Ex qua iuris ratione & ad testes trahenda quoque videretur ratio dicti §.*si* 15
plures, & dicti capitis 1. vnde si ex testibus vnus diceret meliorationes valere centum, duo autem centum & viginti, testimonium duorum accipiendum est, vt diximus, argumento legis finalis, *Cod.de fideicommissis*, ibi, *vt per ampliores*; ita Salicetus, & Cremensis relati ab Ario Pinello *in l.2.C.de rescind. vendit.p.3. c.4.n.*10. sed si vnus dicat valere centum, alter octuaginta, tertius septuaginta, aiunt Salicetus & Cremensis ex Butrio *consil.*52. & ex Alexand.*consil.*64.*lib.*2. & ex Afflictis *decis.*240. *n.*5. mediam summam esse capiendam, subdunt rationem, quia in ea media summa concordant duo; quæ ratio certè magis obtinere debet, vt minor summa capiatur, quia in ea omnes consentiunt, *ex d.§.si plures, & d.c.*1. quam enim adstruunt rationem, mediam summam non exigebat, sed minimam, idque debuissent ipsi asserere, si rectam iuris rationem secuti essent: vbi verò maior numerus testium reperiatur, qui aptè deponant de vero pretio & æstimatione, eorum testificatio accipienda est. Isthucque in testibus recipiendum est, modò aptiùs deponant. Alexand. *consil.*64. *lib.*2.*suprà*, Alciatus *in l.*1.*ff.de verborum*, §.*si stipulanti*, *n.*40. Inter testes enim pares numero circumstantiæ & rationes testificationis expendendæ sunt, ex suprà adductis, non verò quod de affirmatiua, negatiuáve attestentur,si modò apta ratio & iuri consona attestationi addatur, ita vt parum curandum sit de glossa *in dict.§.si plures*, quæ debet intelligi in negatiua, quæ improbabilis sit,non verò in ea negatiua, quæ suam habere rationem possit, veluti si testis dicat meliorationes factas & sumptus valere centum, alter verò dicat valere octuaginta, nihilque amplius, subdatque rationem, quoniam tunc addita attestationis ratione, non potest dici negatiua attestatio: ex Alexandro & Alciato vbi suprà, vnde inter pares numero testes ad rationem ad probabilem attestationis modum deueniendum est; si verò omnia hæc paria sint, minor summa præferenda est, *ex dicto §. si plures*, & *capit.*1. & ita intelligendi sunt Alexand. *consil.*185. *lib.*7. *num.*6. quæ pertinent ad testes, & ad dictum §.*si plures*.

Ex

Et licèt, quod attinet ad formam illam veterem iudiciorum, asperam, immitem, & rigidam, propter quam ad libellum, vti dicebat Cicero, petita quantitas probanda erat, alioqui causa perdebatur, formula illa sublata sit, quam iam multos ante annos reiecerant Græci, ex Aristotele 6. *Politicor. cap.* & ibi, *non enim cùm absoluit, nihil deberi iudicat, sed viginti minas non deberi*; hodie tamen qui decem petit, si septem duntaxat, sex, vel quinque sibi deberi probauerit, in eo obtinebit. Vlpian. *in l. si quis cùm totum, ff. de exceptione rei iudicatæ*, ibi, *nam pars in toto est*; eadem enim res accipitur, etsi pars petitur eius, quod totum petitum est. Facit §. final. in eadem lege, ibi, *nam cùm hæreditatem peto, & corpora, & actiones omnes, quæ in hæreditate sunt, videntur in petitione deduci.* Facit textus *in l. 1. §. si stipulanti, ff. de verborum*, ibi, *è contrario quoque si me viginti interrogante, tu decem spondeas, obligatio nisi in decem non erit*; vnde hodie veteri illâ formâ iudiciorum reiectâ, si actor decem petierit, quinque autem comperiat iudex deberi, in quinque fiet condemnatio, ex illis iuribus, tum propter bonum & æquum, de quo scriptores post glossam *in l. verbum oportet, ff. de verbor. significat.* & *in l. si seruus, §. verbo subrepto, verbo Submouebitur,* & *verbo Offerente, ff. de condict. furtiua*, Faber *in §. quoties, Institutis de inutilibus stipulationibus*, quem allegat Bartolus *in l. si constante, §. final. ff. soluto matrim.* & *in l qui solidum, ff. de legat. 2.* vnde manifestè patet, qui fuerint illi, qui apud Iulianum *in l. quidam existimauerunt, ff. si certum petatur*, existimarunt, non cogendum illum qui decem petierit, quinque recipere; humaniùs verò facturum Prætorem existimat Iulianus, si actorem compulerit ad accipiendum, cùm ad officium eius pertineat lites dirimere; inde etiam erat illud, de quo *in d. §. si quis agens, Institut. de actionibus.* Itaque hodie forma illa antiqua iudiciorum antiquata abiit, retinetur autem forma arbitriorum ex æquo & bono, & ex eo quod melius est: namque iudicia aspera sunt, arbitria mitia; illa simplicia, hæc quantò æquiora, tantò meliora; sed tamen ad absolutionem & condemnationem ad eandem formam sunt redacta, vt *in l. 1. ff. de arbitris.* Sed tamen adhuc plurimùm differunt, restat enim adhuc plurimùm formulæ antiquæ, quæ non est ex omni parte sublata; ratio enim arbitrij plenissimè in iudicio non admittitur; licèt enim, vt diximus, qui decem petit, & quinque probat deberi, quinque habiturus sit ex condemnatione; illud tamen longè aliter atque in arbitrio procedit, namque in arbitrio quinque debentur, etiamsi alius iudex in decem, alius in octo condemnauerit; quia in eam summam omnes tres arbitri simul dissidentes consensisse videntur: in iudicio autem, qui decem petit, & quinque probat, quinque quidem consequitur, non verò eo modo, quo in arbitrio; namque vt quinque consequatur, testes concordes & plenam probationem afferre debet; præterea quod eius formæ antiquæ aliqua quidem antiquata sunt, aliqua vigent: antiquatum est totius summæ petitæ necessarium iudicium, probatio verò necessaria est legitima: at verò propter æquum & bonum contrarium dicendum est in arbitriis, & in aliis iudiciis, quæ arbitriorum instar sunt, à quibus ad iudicia molliter, & paulatim traxit Paulus Iureconsultus *in d. l. inter pares, in fin.* vt summa minima eligatur in iudiciis etiam inter dissidentes sententias, vt minus dubium sit in arbitratore, & æstimatoribus, contra Molineum, & Couarruuias: nobis est lex *16. tit. 2. part. 2.* quæ intelligenda sunt in tribus, quatuorve

quatuorve iudicibus, eorumque sententiis, maiores & minores summas continentibus, vt minor summa eligatur: tum quia in fauorem rei benignior sententia recipitur, quod sentit Couarruuias vbi suprà, *versiculo tertiò quamuis*. Tum etiam propter præsumptum consensum in minori quantitate instar arbitrij; hanc autem rationem licèt non admittat Couar. extra dictum §. *si plures*, & dictum caput 1. admittit tamen expressè Paul. ex Iul. sententia *in d.l. inter pares*, & expressè hunc consensum aduertit lex nostra, ibi: *Entonces dezimos, que si tantos fueren los de vna parte, como los de la otra, que deue valer el iuyzio, que fue dado en la menor quantia, è non el otro*; & subdit rationem, *e esto es por dos razones: la vna, porque todos se acuerdan en aquello que es menos; la otra porque los juezos deuen ser siempre piadosos, e mesurados, e mas les deue plazer de quitar, e de librar el demandado, que condenarlo, ò agrauiarlo.* Vides consensum apertè in minori summa; licèt enim species huius nostræ legis diuersa sit à dicto §. *si plures*, tamen ratio vtriusque decisionis eadem est, scilicet consensus in minori summa. Sunt ergo huius consensus authores, Vlpianus, Paulus, Iulianus, & Bonifacius Summus Pontifex, & lex nostra partitæ 16. *tit.* 22. *partita* 3. *in d.* §. *si plures, in d.l. inter pares, & in d.c.* 1. qui etiamsi ratione destituerentur, meritò Molineo, & Couarruuias præferri possent, sed eos Cicero veluti dux tuetur & defendit, traditâ antiquâ iudiciorum & arbitriorum forma. Itaque planum sit decisiones illas habere locum in arbitris, arbitratoribus, æstimatoribus, testibus, & iudicibus, ex his quæ diximus; illudque vnum reliquum sit, non esse Iureconsultos facile in iure notandos, qui iuris veteres formas apprime cognouerunt, nos omnino ignoramus.

Ex eodem capite fit, vt si de re aliqua, non de quantitate in duos sit compromissum, eisdem diuersas sententias proferentibus, neutra præualeat, sed tertius eligendus sit, cuius sententiæ pareatur, *l. item si vnus*, §. *principaliter, ff. de arbitris*; quia extra casum dicti §. *si plures*, maior pars requiritur iudicum concordantium; inter duos autem maior pars reperiri non potest, nisi tertius assumatur, qui alterius sententiam sequendo maiorem efficiat partem.

In iudicibus autem delegatis seruatur forma mandati, & literarum eius, qui 16
iurisdictionem commisit: textus *in c. prudentiam, de officio delegati*, ibi, *mandati si quidem fines excedere probaretur, qui citra formam rescripti accepti præsumeret iudicare*: itaque dictus §. *si plures*, & caput 1. *de arbitris*, procedunt in arbitrio quantitatis; dictus §. *principaliter*, in arbitrio de re, non de quantitate, in quo arbitrio tertius assumitur: at verò dicta lex *inter pares*, & lex 16. *tit.* 22. *partita* 3. habent locum in ordinariis iudicibus paribus numero & potestate, scilicet exempli causâ quatuor, quorum duo maiorem summam deberi pronuncient, vt in fauorem rei, & propter tacitum consensum minor summa accipiatur. In iudice delegato forma rescripti facit ius, vt *d.c. prudentiam*; at verò dictum caput finale *de re iudicata*, in duobus arbitris procedit, & locum obtinet, quorum sententiæ in nulla re consentiũt, & quadrat cum §. *principaliter*, ex quo suppleri poterit: quoad tertium assumendum dicta lex *in hoc iudicio, ff. familiæ erciscund.* non sustinet iudicium pro parte, propter naturam vniuersalis iudicij. Habes igitur hæc omnia iura exposita & interpretata, vt iam scias quid quæque contineant, plura numero, & sensu difficilia, *d.* §. *si plures, d. cap.* 1. *d.l.*

 inter

inter pares, d.c.fin.de re iudic.d.§.principaliter, d.c.prudentiam, d.l.16. tit.22.p.3. d.l.in hoc iudicio, ff.famil.ercis.d.l.vna, de quibus reb.ad eund.iudicem eatur. Habes de arbitris, arbitratoribus, æstimatoribus, testibus, iudicibus delegatis, ordinariis, deque iudiciis particularibus & vniuersis, quid, quantumque dissidentes sententiæ, concordesve prosint, aut noceant: quæ summa, quæ quantitas debeatur, quod iudicium sustineatur pro parte, quotidiana in foro quæstio, vtilis & necessaria.

17 Quæ omnia cessant vbi ex forma statuti omnium iudicum concors sententia requiratur, ibi enim particularis legis dispositione non sufficiet maior pars; singularis interpretatio in hoc nostro Senatu, ex suprà adductis, ad executionem sententiæ, quæ corporalem pœnam imponat; quæ tamen licèt prior sit, vt executioni mandari possit, non expectata appellatione aut supplicatione trium iudicum, requirit ad executionem concordem sententiam, & vnamine votum, aliàs executioni non est mandanda, de quo extat nobis constitutio lata anno millesimo quingentesimo sexagesimosexto, quæ quotidie obseruatur; quæ tamen in causis ciuilibus diminuta relicta est: emendabitur autem, vt componat dissidentes iudicum sententias, & vota, quæ interim ex iure scripto pronunciabunt, & sententiam facient, ex illis iuribus, quæ adduximus superiùs: eò enim à nobis adnotata sunt, quoniam nobis vtilissima sunt, & apprimè necessaria, quibus hoc ius indecisum relictum est: de hoc latiùs in consuetudinibus Gallecis, de quibus nobis imminens labor est.

18 Cùm autem ex probationibus partium nihil certi liqueat, tunc quidem Senatus noster de re diiudicans, præcipit, vt partes singulæ singulos æstimatores nominent, qui de ea re iudicium proferant: reseruat sibi facultatem nominandi, si partes nominare recusent, & tertium dissidentibus æstimatoribus nominatis, iubetque mandari executioni quod horum æstimatorum iudicio fuerit prolatum; de qua clausula in sententiis frequenti pauca dicemus, quibus adductis noster tractatus perficietur; & in primis dubitari solet, an isti æstimatores teneantur iurare: qua de re ex facto agitatum sæpe est, plerisque in eam sententiam euntibus, vt omnino iurare debeant, quam resoluit Arius Pinellus *in l.2. C.de rescindend. vend. p.3.c.4.n.3.* ex Baldo *in l.hac edictali*, §.*his illud*, *C.de secundis nuptiis.* Bart. *in l.si quis arbitratu, n.7.ff.de verbor.oblig.* & *in l.1.ff.de ventre inspiciendo*, & *in l.3.ad fin.C.de pignoribus*, Iason *in §.quadam, n.78.Institut. de actionib.* Decius, & Felinus, quos ipse allegat: sed verior est sententia quam tradit Lucas de Peña *in l.1.C.de nauiculariis, lib.2.* quod aut assumuntur in inuitum, hoc est in iudicio, quod redditur in inuitum, & debent iurare; aut assumuntur extra iudicium communi consensu partium, & nullum requiritur iuramentum, nulla forma, nisi fortè ea à partibus præfigatur. Lucæ de Peña distinctionem refert & sequitur Carolus Molineus *in consuetudinibus Parisiensibus, tit.1.§.33.glos.3.num.7.* Lucas autem de Peña mihi nihil dicit, etiamsi eius distinctionem probem, quæ rationi conuenit: consensus enim partium meritò tollit suspicionem, quam tollere debebat iuramentum. Rursum si in iudicio assumantur à iudice de consensu partium, tunc non requiretur quod iurent parte citata & præsente; ita ille ex Bartolo *in l.Theopompus, ff.de dote prælegata, n.9.* quia consensus partium supplet omnes defectus: itaque ex hac distinctione

temperabis

temperabis Pinelli decisionem, vt non indistinctè iuramentum necessarium sit in nostro casu; vbi in iudicio assumuntur, quod redditur in inuitum, iurare debent: textus *in authentico de non alienandis aut permutandis*, §. *quod autem, columna* 2. ibi, *duobus per tempora machanicis aut architectis*; vbi de valore & æstimatione ædificij agebatur, & ad duos accurritur architectos peritos, & est regulare vt duos adhibeamus ex forma sententiarum, item ex necessitate testimonij, quia in ore duorum, vel trium consistit, *l. vbi numerus, ff. de testibus*; subeunt enim isti æstimatores vicem testium, *c. proposuisti, de probationib.* ibi: *Videtur igitur nobis quod iuramento puellæ & testimonio illarum septem mulierum fides est potius adhibenda*: at vero ex forma sententiæ, cuius vi & potestate creati iudicant, iudicum vicem obtinent; vnde iuramentum necessarium est, ex illo capite quo testes videri possunt, *d.* §. *quod autem*, ibi, *Sacrosanctis Euangeliis positis*; elegans ad vtrumque decisio textus *in l. hac edictali*, §. *is illud, C. de secund. nuptiis*, vbi æstimatores à partibus eliguntur, atque ij interposito sacramento testificantur, ibi, *mobilium verò rerum iustis pretiis æstimatione facta, per eos, quos vtraque pars elegerit, arbitros iudicaturos interposito sacramento*; qui textus ad æstimationem rerum mobilium singularis est, & quotidianus, vt iacente hæreditate res mobiles æstimentur, si vendi aliqua ex causa iusta nequeant; sæpe enim publica inuidia fugitur, periculosiúsque est facultates testatoris detegi, ac tunc quidem æstimantur, quo fit vt hæredes vel vtilitatem hæreditatis contegant, vel diuitias inuidiæ non exponant, *ex l.* 1. *C. quando & quibus quarta pars debeatur.* Facit textus *in c. tuis, de testibus*, vbi neque testibus probatissimis sine iuramento creditur: & licèt §. *his illud*, loquatur in arbitrio, & ita intelligatur à Bartolo *in l. si quis arbitratu, ff. de verbor. n.* 7. tamen idem in æstimatoribus est dicendum, *ex dicto* §. *quod autem*, & est hoc vniuersum in omni causa vbi periti in arte admittuntur, vt periti isti iurent. Angelus in repetitione legis *si vacantia, de bonis vacantibus*, Salycetus *in d.* §. *his illud*, Decius *in cap. proposuisti, de probationibus, n.* 15. post Abbat. ibi, & *in c. fraternitatis, de frigid. & maleficiatis.* Antonius Gomez *de contractibus, cap.* 10. *n.* 5. sunt vtilia & quotidiana ad discussores, de quibus *in l.* 1. *C. de discussoribus, lib.* 10. & ad peræquatores, *l. peræquatores, de censibus*: ad mensores, *l.* 1. *l. si mensor*, §. 1. *& seq. ff. si mensor fals. mod. dix.* in scribis quoque & tabellionibus in comparatione literarum, *l. comparationes, Cod. de fide instrumentorum*, & in Medico de qualitate vulneris, & morbi genere, *cap. significasti, de homicidio*, & obstetrice, de ventre pleno, vel vacuo, *l.* 1. *ff. de ventre inspiciendo*, & in æstimatore de valore patrimonij, *dict.* §. *his illud*: alij sunt plures casus, qui quotidie sese offerunt, vt iurare omnino isti debeant, ex his quæ diximus.

Isti autem æstimatores & periti iurabunt de veritate dicenda, quantum fieri possit, scilicet si vera notitia sumptuum & expensarum haberi possit; cùm 19
enim diximus, id solùm nomine expensarum deberi, quod verè consumptum est, nihilque amplius, si vtilitas & melioratio expensas superet, vt diximus suprà isto capite, *in principio, ex d. l. in fundo*, si multis retrò annis opus effectum sit, quæret executor, cui res commissa erit, peritos fabros lignarios, vel ferrarios, aut lapidicidas, qui probè de ea re iudicare possint, iuxta dictum §. *quod autem dictum est*, neque admittet imperitos, etiamsi à partibus nominentur;

verba enim ſententiæ quæ iubent æſtimatores nominari, ex iure interpretationem accipiunt, vt tales ſint qui probè æſtimare & velint, & poſſint. Qui tabulata, pauimenta, tigna, lateres, trabes, lapides, ſeras ferreas, poſtes & ligneos, & lapideos, ſeras, clauos, tegulas, denique omnia aptè æſtimabunt particulariter & ſigillatim, denique in abſtracto, vt more ſuo dicebat Baldus *ſuprà*, qui & eius ætatis erunt, vt tempus confecti ædificij, & expenſarum norint, vt pretij vera notitia adeſſe poſſit: ita in ſpecie notarunt Imola & Alex. *num. 6. in l. pretia rerum, ff. ad l. Falcid.* aliàs ſi opus antiquius ſit, nec viri ſeniores reperiantur, tunc ſufficiet teſtimonium de credulitate, quod tamen ferant periti, Abbas *in d. c. propoſuiſti, de probationibus*, & *in d. c. fraternitatis*, Angelus *in d. l. comparationes, C. de fide inſtrumentorum*, & *in l. iuriſiurandi, verſ. vlt. quæro, C. de teſtibus*, Bartolus *in proœmio Digeſtorum*, Bald. *in d. §. his illud*, & *in proœmio Digeſtorum, verſiculo Sed dubitet.* Decius, qui dicit communem opinionem, *in d. c. propoſuiſti, n. 15. de probationibus*; imò ex præſenti ſument argumentum & iudicium ad præteritum iudices, ſi ad eos ab æſtimatoribus occurratur, & arbitrabuntur ex variis cauſis, quas in prouincia ſimiles iudicarint, Paulus de Caſtro *in l. 2. de reſcind. vendit. ad fin.* & ibi Cagnolus *n. 264.* quod ſi æſtimatio facienda ſit iuxta præſentis temporis æſtimationem, quia magis expenſum ſit quàm melioratum, quo caſu melioratio debetur, quæ niſi in concreto æſtimari non poteſt, iuxta præſentem ſtatum, ſcilicet ex ſuprà adductis *num. 1. & 2.* tunc quidem ſufficiet peritos quæri, neque de ætate ſollicitabimur, quia cùm facienda ſit æſtimatio iuxta præſentem ſtatum, nihil eſt quod de ætate curemus, quæ ſunt notanda ad Angelum *in dict. l. 2. Cod. de reſcind. vendit.* qui irridet Bartolum, eo quod ſimilem diſtinctionem non fecerit; cùm enim Bartol. ibi dixiſſet in probatione pretij eundum eſſe ad æſtimatores, qui rem inſpiciant, ait Angelus dictum Bartoli non valere vnum obolum, eo quod huiuſmodi æſtimatores opus inſpiciendo, declarabunt ſecundum præſens tempus, quà diſtinctione adhibità effugiemus irriſionem Angeli.

20 Ex his vniuersè accipiendum eſt, quod pro æſtimatione rei, cùm ad æſtimatores peritos itur, duo quærendi ſunt, quod patet *in d. §. quod autem, in authent. de non alienandis*, ibi, *duobus per teſtimonium, per tempora à primatibus mechanicis*; quod quidem intellige iuxta diſtinctionem traditam ad Antonio Gomez *de contractibus, c. 10. n. 5.* diſtinctio in eo eſt, vt ſi plures inueniri non poſſint, ſufficiat quidem vnius teſtimonium: ad quod ipſe expendit dictum §. *quod autem*, ibi, *aut etiam vno, ſi vnum ſolum ciuitas habeat*; & ad eam diſtinctionem citat plures, & facit communem opinionem; ſed illa communis opinio temperanda eſt, vt ſcilicet vnius teſtimonium periti, non repertis aliis, fidem quidem faciat, ſi de leui, aut nullo alicuius præiudicio agatur; nam alias regula iuris eſt obſeruanda, quod vni teſti non ſit credendum, etiamſi præclara præfulgeat dignitate, *l. iuriſiurandi, in fin. c. de teſtibus, c. licèt vniuerſis, de teſtibus*, nec quicquam facit dictus §. *quod autem*; ibi enim lex imponitur Eccleſiæ circa æſtimandas res, vt Eccleſia adhibitis æſtimatoribus duobus ſciat, quid res valeat ſua; vnum verò admittit non repertis aliis, qui æſtimationem faciat Eccleſiæ, quod eò efficitur, vt Eccleſia ſciat, quid in emphyteuſim concedat, quidve acceptura ſit. Itaque fit ibi æſtimatio pro inſtructione Eccleſiæ; ille verò qui

tem

rem eam fuerit accepturus in emphyteusim, secum deliberet, & aliunde consilium capiat, an è re sua sit eam rem sub ea pensione in emphyteusim accipere: denique *ex d. §. quod autem*, tempore quo fit æstimatio, nullius præiudicium vertitur, sed vtilitas Ecclesiæ quæritur, ob eámque causam vnius testimonium recipitur; ad quod non aduertit communis opinio, nec quicquam etiam facit lex 1. §. *fin. ff. de verborum obligat.* ibi, *vt vterque alterius linguam intelligat, siue per se, siue per vnum interpretem.* Inducitur lex illa quatenus loquitur in numero singulari, & nullam aliam probationem requirit; quæ lex parum, aut nihil facit ad nostram quæstionem; sæpe enim illud mihi repetendum est, quod iam à maioribus meis doctissimis accepi, Iureconsultorum responsa ita esse accipienda, vt ab eis argumentemur, argumentum autem sumatur ab eo quod principaliter Iureconsulti tractarunt; quæ autem obiter dixerunt aliud agendo, id periculosè ad decisionem causarum trahetur, diximus latè suprà *c.* 8. *n.* 50. multa enim ipsi obiter dum aliàs tractant quæstiones, dicunt, quæ maximas habent difficultates, quæ si ex proposito tractassent, alia methodo & dicendi ratione vsi essent; Vlpianus enim *in d. §. fin.* id ex proposito agit, an diuersitas linguæ vitiet stipulationem, vt si quis Latinè interroget, Græcè verò, vel Hispanè alter respondeat: diuersitatem autem linguæ stipulationem non vitiare ait, dummodo sese mutuò intelligant, quod fieri Vlpian. posse ait, vel per sese, vel per interpretem; quod si ab Vlpiano sciscitareris, an duo, vnusve interpres interuenire debuisset, aliud responderet: certè *in d. §. fin.* nihil respondet, vnde perperam inde argumentaberis: non desunt tamen quibus singula Iureconsultorum verba instar religionis sint, quibus satisfaciendum est cum Bartol. ibi, *n.* 2. qui dicit interpretem ibi longè distare à teste, quia testis ab vno contra alium sumitur, interpres verò ex consensu vtriusque, sicuti arbiter, aut arbitrator, & agrimensor, *ex l. Theopompus, ff. de dote prælegata*; atque adeò nihil mirum esse, quod interpretatio ibi sumatur, & sustineatur: ex voluntate testatoris item statur attestationi vnius testis, *ex d. l. Theopompus*, ex quibus communis opinio cum Bartolo *in l.* 1. §. *fin. de verbor.* & *in l.* 1. *ff. de ventr. inspiciendo*, & *in l. comparationes, C. de fide instrument.* & cum Bald. *in l. iudices, C. de sententiis & interloc.* & cum Canonistis *in c. proposuisti, de probationibus*, & per Decium ibi, temperanda est vtiliter, vt non repertis duobus peritis, vnus quidem admittatur, sed vnus hic peritus faciet quidem fidem, si de leui aut nullo præiudicio alicuius agatur; námque si de præiudicio alicuius agitur, tunc vnus testis dumtaxat fidem non faciet, ex qua interpretatione æstimatores duo creabuntur, qui expensas, & sumptus, aut meliorationes inspiciant, taxent, moderentur, & expendant, iuxta ea quæ nobis dicta sunt *isto cap. num.* 1. & 2. vt his concordibus vera æstimatio constet, hisque dissentientibus, tertius alterius probatâ æstimatione certum modum, & finem liti constituat, quæ de expensis & meliorationibus suscepta sit.

Vnde elegans est declaratio *ad l. semel, C. de re militari, lib.* 12. vbi si de vulnere vel sanitate militis agatur, debet committi Medicis peritis, & Chirurgis, vt ij ad minùs sint duo, quod patet ibi, *nisi quos constet Medicis denuntiantibus*; quæ pluralis locutio duos saltem requirit; sentiunt ibi Bartol. post glossam, Lucas de Peña, & Platea, Ioannes de Imola *in cap. proposuisti, de probationibus*, 21

pro quibus est textus *in cap. significasti*, *de homicidio*, ibi, *vt peritorum iudicio Medicorum talis peremptio asseratur fuisse lethalis*; vbi Canonistæ, Ioannes Andreas, Hostiensis, Abbas, Cardinalis, & Bald. Temperatur hæc communis opinio, vt intelligenda sit quando agitur de magno præiudicio, an quis de vulnere, an verò de occiso teneatur; tunc quidem, & in aliis huiusmodi casibus, vbi de magno præiudicio agitur, meritò duo, pluresve Medici periti, vel Chirurgi admittuntur; namque in hoc plurimùm valet testimonium peritorum ad pœnæ impositionem, *l. qui occidit*, §. *si vulneratus*, *ff. ad leg. Aquil.* vbi *si vulneratus*, inquit Paulus, *fuerit seruus, non mortiferè, negligentiâ autem perierit, de vulnerato actio erit, non de occiso*: at verò si de leui præiudicio agatur, tunc quidem ad informandos iudicum animos sufficit vnius Medici & periti testimonium, quod quotidie obseruat noster Senatus, cùm carcerati postulant se relaxari à carcere, quia ægrotant, & aduersa sunt valetudine. Tunc quidem præcipitur, vt Medicus, qui nobiscum assidet, ægrotantem videat, propositoque sacramento, ex traditis suprà *num.* 18. ex attestatione Medici solet Senatus relaxare, vel retinere, variè iudicando, ex causisque, rebusque, & personis. Quæ omnia addenda sunt his quæ tradit Pinellus *in l. 2. C. de rescind. vendit.* 3. *part. c.* 4. *num.* 5. vbi communem opinionem refert & sequitur, indistinctéque duos quærit.

22 Ex his *ad l. fin. C. de ponderatoribus & auri illatione, lib.* 10. opportuna declaratio est, vt quia nostro quoque iure in vnaquaque ciuitate ponderatur, constitui debet, quem nos nostro nomine *contraste* vocamus, deducto verbo à Græco sermone, quo *Nicostratem* vocamus: de qua Hispaniæ consuetudiue meminit additio ad Plateam *in d. l. fin.* quæ hanc refert consuetudinem; sed lege lata statutum est, vt vasa argentea & aurea omnia ad publicum ponderatorem adducantur, qui incisa parte argenti, auríve, eaque excocta, comprobat, an æris quippiam admixtum habeat, ne fraus fiat his qui ab argentariis hæc vasa emunt; hic autem publicus ponderator approbatissimus testis est, fide publica susceptus, cuius testimonio standum est, ex quo publicè approbatur, per *l. fin.* ibi, *qui pro sua fide atque industria, neque fallat, nec fallatur, & conuentionem dirimat*: vbi Bartol. ait, quod ibi statur dicto vnius, quia deliberatione totius populi, vel Principis constituitur, putà ad æstimandum, probandum, vel improbandum, & licèt Bart. id sentiat, tamen ipsemet, & Lucas de Peña ibidem adnotant, vt hic ponderator fidem quidem faciat, quia publicè approbatus est, cæterùm ipse quidem argentarius, cuius metallum damnatur, poterit testes peritos in arte producere, quibus iudicium ponderatoris destruat, quia vnius testis testimonium nunquam sufficiens est ad condemnationem; neque ita præualet, vt contrarios testes non admittat, quantumvis publicè approbatus sit. Ita intelligendum est quod tradit Antonius Gomez *in d. c. 9. de contractibus, in fin.* qui nullum ius adducit, & solent iudices, si iniquitas auri, argentíve ex testimonio tantùm ponderatoris constet, ipsa vasa aurea aut argentea peritis tradere, qui interposito sacramento experimentum faciant; vocant suo nomine, *ensaye*, ex illo examine condemnationem aut absolutionem instituunt. Quæ si non extent, variè ex causis, personisque sæpe iudicatum vidi; varietatem scio prouenisse ex difficultate vtilis testis, cuius testimonium debilissimum

ſimum eſt, ad imponendam pœnam legalem, cùm etiamſi reſpublica de illo confidat, poſſit ille nihilominus habere cauſas odij, & amicitiæ; ideo ab horum iudicio appellari poteſt, Angelus *ad Bartol.in d. l.1.* Platea *in l.de diſcuſſoribus*, *libr.* 10. pœna autem argentarij, qui æra æribus immiſceret, metalla confundens, capitalis fuit. Extat recordatio eius apud Flauium Vopiſcum *in vita Imperatoris Taciti*, his verbis: *Si quis argento publicè priuatimque æs miſcuiſſet, ſi quis auro argentum, ſi quis æri plumbum, capitale eſſet cum bonorum proſcriptione*; noſtro iure tenetur de dolo, & falſum committit, item vaſa ipſa amittit, & ſeptuplum fiſco applicandum. Extat lex lata anno milleſimo quadringenteſimo octuageſimo octauo, inter ſanctiones pragmaticas. 23

Iſti autem æſtimatores debent ſimul communicato conſilio æſtimationem facere, quoniam alter ab altero trahi in ſuam ſententiam poteſt, *l. ſi in tres, cum l.ſeq. ff. de arbitris*; quod ſi nolint æſtimatores nominati negotium ſuſcipere, vel præmoriantur, abſque dubio ab eorum perſonis receditur, & alij nominandi ſunt, cùm præcedat obligatio perfecta, per gloſſam & *DD. in l. fin. C. de contrahend. emptione*, & *in l.1. ff. de leg.* 1. quod ſi ſuſcepto negotio intempeſtiuè recuſauerint, tenentur ad intereſſe, niſi propter culpam partium, vel ex iuſta cauſa ſuperueniente recuſentur, iuxta notata in ſimili *in l.ſi mandauero, in fin. cum l. ſequent. ff. mandati*; non autem præciſè cogi poſſunt ad factum, cùm non ſint arbitri, *ex l.item ſi vnus, ff.de arbitris*; ſed verius eſt, poſtquam nominati ſunt, & nominationem factam admiſerunt, teneri perficere, argumento dictæ legis *item ſi vnus*; & ideo executor poterit eos compellere, vt æſtiment, etiam inuitos & reluctantes, contra Molineum *dict.* §. 33. *gloſſ.* 3. *num.*9. ſi autem publicæ perſonæ eſſent ad hoc nominatæ, compelli poſſent, Bartol. *in l.1. §. cura carnis, ff. de officio Præfecti vrbis*, & *in l.1. §... ff. nautæ, caupones*, & *in l.1. ff. furti aduerſ. naut.* Bald. Salycet. & Alexand. *in dict. l. inuitus, ff. de Procuratoribus.* 24 25 26

Si autem ipſi æſtimatores diſcordauerint, non poſſunt ipſi eligere tertium, ſed hoc ſpectat ad partes, vel ad iudicem; ideo neque executor poterat, ſicuti non poſſunt alium ſuo loco ſubrogare, cùm electa ſit induſtria; & hoc niſi à partibus ſit eis poteſtas conceſſa, vt liceat ipſis tertium aſſumere, quod valet etiamſi non ſit actum de certa perſona; ſed verius contrarium item eſt, *ex d. l. item ſi vnus, §. ſi. in duos, ff. de arbit.* vbi non valet compromiſſum in duos cum poteſtate eligendi tertium, quem velint, in caſum diſcordiæ, ſed debet exprimi certa perſona; vide gloſſam, Abbat. & textum *in cap. penultimo, de arbitris*, & ſingulare Romani 163. hodie verò ex forma ſententiæ iſthuc reſeruatur iudicibus, qui poſtea omnia neceſſaria committunt executori; ideò ipſe executor tertium eligit, vel compellit partes vt eligant, & conueniant in tertio, *dict. l. item ſi vnus*, & quotidie fit, in quo expectanda eſt facultas conceſſa executori, quæ vtplurimùm exuberat ad omnia.

Quin imò poſſunt iſti periti & tertius recuſari, ex ratione non ſolùm imperitiæ, ſed & ſuſpicionis; tum quia debet fieri æſtimatio à peritis, *dict. §. quod autem, in Authentico de alienandis*; item debet fieri à non ſuſpectis, vt *in dict. §. quod autem*, ibi, *& non ſuſpectis*; & in arbitris eſt textus *in l.non diſtinguemus*, §. *cùm quidam, ff. de arbitris.* Idem dicendum eſt in mero arbitratore, ex eadem 27

ratione,

ratione, & in æstimatoribus; & nisi de idoneis conueniant partes, iudices eligent, & executor, cui cum omni causa executio commissa est, Bartol. *in l. creditores, ad fin. C. de pignor.* Bart. *in l.2. C. de rescind. vendit.* & consentientibus in vnum, vel plures, non curamus an sint maiores, vel minores, quia ex consensu tollitur difficultas, *dict. l. fin. Cod. de arbit.* & *l. cum lege, ff. eod.* Baptista de Sancto Blasio *de arbitris, quæst. 69.*

28 Hi verò æstimatores, si quempiam grauauerint, est licita appellatio, sed si ex forma sententiæ iussum sit, vt executioni mandetur quidquid concordi iudicio protulerint, appellatio secuta non suspendit executionem; maxima enim vtilitas est, & quotidiana eius clausulæ, aliàs æstimatorum æstimatio executioni non est mandanda, quousque ab eo confirmetur qui de ea re notionem habeat, textus egregius, & in foro quotidianus, quem ignorare nemini licet, *in l. instar, Cod. de iur. fisci*, quæ summa autem necessaria sit, vt grauasse intelligantur æstimatores isti, arbitrio iudicis relinquitur. Molin. *dict.*

29 *§.33. gloss. 3. num. 5.* Habes, Lector optime, de Expensis & Meliorationibus vniuersa & generalia præcepta, quæ in particularibus casibus poterunt tibi prodesse, boni, æquique nostram diligentiam consule: si quid verò impiè scriptum, dictúmve reperiatur, hoc nec dictum, neque scriptum volumus.

Laus Deo, honor, & gloria.

INDEX

INDEX RERVM AD TRACTATVM De Expensis & Meliorationibus pertinentium.

Prior numerus paginam, posterior marginales notas designat.

A

Dauid

D

Expensas

F

G

 præda.

Meliora-

Q

R

Religiosi

S

T

FINIS.

D. D.

IOANNIS GARSIÆ A SAABEDRA

TRACTATUS QUATUOR,

Quorum I. de Donatione Remuneratoria. II. de Tacito Fideicommisso. III. de Hypotheca post contractum. IV. de Coniugali Acquæstu.

TRACTATVS I.

De Donatione Remuneratoria.

NOTABILIA.

1 *Obligatio antidoralis vel remuneratoria oritur ex instinctu naturæ, & reperitur apud bruta animantia.*

2 *Reperitur hæc antidoralis obligatio inter coniunctos & extraneos.*

3 *Donatio remuneratoria propriè non est donatio, quia non procedit ex mera liberalitate.*

4 *Multi multa tribuunt donationi remuneratoriæ, & quòd id conueniat humanæ naturæ.*

5 *Donatio remuneratoria pertinet ad titulum onerosum, non ad lucratiuum.*

6 *Defenditur allegatio communis* ex l. Aquilius, ff. de donat. *contra Pinellum.*

7 *Donatio remuneratoria non indiget insinuatione.*

8 *Adducitur pro communi* l.si pater,§.fin.ff.de donat. *vt donatio ob merita non reuocetur propter ingratitudinem.*

9 *Priuilegia concessa à Principe propter merita non reuocantur, & de priuilegio immunitatis ob merita.*

10 *Donatio ob merita non revocatur ex filiis superuenientibus.*

11 *Defenditur communis allegatio* d.§.fin. *contra Pinellum, adducitur* l.metum,§. sed licet,ff.quod met.caus.

12 *Pinellus suscitat sententiam iam diu reprobatam contra Baldum, & Guillelmum de Cugneo.*

13 *Adducitur pro communi lex* sed etsi lege, §.consuluit,ff. de petit. hæred.

14 *Prælatus aliàs prohibitus alienare, potest ob merita infeudare: & vide infrà* num. 31.

15 *Defenditur allegatio communis*, d.§.consuluit, *contra Pinellum.*

16 *Adducitur lex* idemque,§.final.cum l.seq. *& lex.* si verò non remunerandi, ff. mandati.

17 *Si creditor acceptum tulerit fideiussori ob merita, habet fideiussor actionem mandati aduersus debitorem, secus si gratuitò.*

18 *Donans, qui aliàs nõ tenetur vltra quã facere potest, si donet ob meritæ, tenetur.*

 19 *Defenditur*

19 *Defenditur communis allegatio* d.l.idemque,§.final.& l.seq. & l. si verò non remunerandi,*contra Pinellum.*

20 *Adducitur pro communi lex* quod autem,§.si vir,ff.de donat. inter virum & vxor.

21 *Donatio remuneratoria valet inter coniuges constante matrimonio.*

22 *Tutor & curator remunerando donant,& quantum,& quibus.*

23 *Procurator generalis & administrator donant remunerando.*

24 *Donatio si incipit à traditione,non sustinet euictionis onus, secus si est ob merita.*

25 *Defenditur allegatio communis* d.l.quod autem,§.si vir.

26 *Sustinetur donatio facta à viro sene, aut plebeio, vxori nobili, aut iuuenculæ.*

27 *Agitur de textu* in c.de illis,de cond.appos.& d.leg.si ita stipulatus,§.si tibi nupsero,ff de verb.oblig.

28 *Referuntur merita, quibus vxor potest mereri erga maritum,contra Pinellum.*

29 *Aliqua sunt merita vxorum erga maritos quæ merentur remunerationem.*

30 *Adducitur pro communi textus* in cap.per tuas,de donat.

31 *Prælatus potest ob merita infeudare terras Ecclesiæ, & potest mutare naturam feudi.*

32 *Defenditur communis allegatio* d.cap.per tuas,*contra Pinellum.*

33 *Prælatus potest infeudare ob merita bona immobilia fructuosa.*

34 *Adducitur pro communi sententia lex* etiam, §. ex præterito, ff.de manumiss. vind.

35 *Minor alienat immobilia ob merita,etiam sine decreto.*

36 *Adducitur pro communi lex* cum Nauarchorum,C.de nauiculariis,lib.11.*vt benemeritis de republica immunitas detur.*

37 *Defenditur allegatio communis* d.l.cum Nauarchorum, *contra Tiraquellum, & explicatur litera.*

38 *Benemerito de republica, ob delictum pœna ordinaria remittitur.*

39 *Ei latroni parcitur,qui plures latrones in Repub detegit.*

40 *Adducitur pro communi lex* viuus libertus, ff. si quid in fraudem patroni, *vt libertus donet benemerito, etiamsi legitimam minuat patrono.*

41 *Dispositio dictæ legis* viuus libertus, *non habet locum in patre, qui filios habet legitimos.*

42 *Pater senex aut ignobilis, qui secundam duxit vxorem, non potest secundæ etiam iuuenculæ,& pulchræ,aut nobili, facere donationem ob hæc merita in fraudem legitimæ filiorum ex primo matrimonio.*

43 *Adducuntur iura,quibus filij possunt benemereri de parentibus, contra Pinellum,& Lancellotum Politum.*

44 *Donatio remuneratoria facta à parente filio valet,ac si extraneo facta esset.*

45 *Vtrum ista donatio minuat reliquis fratribus legitimam portionem, & an iure Hispano.*

46 *Nostro iure Hispano maxima differentia est inter donationem simplicem, & donationem ob causam.*

47 *Concordia omnium Scriptorum Hispanorum* ad l.26. & 29. *Tauri adducitur ad*

ad decisionem quæstionis, & de donatione simplici,& ob causam.

48 *Donatio ob merita est donatio ob causam, non simplex, & quomodo sit ob causam.*

49 *Donatio simplex probatis meritis remanet ob causam meritorum.*

50 *Donatio simpliciter facta filio,aut cognato,aut coniuncto, probatis meritis non censetur remuneratoria propter merita.*

51 *Donatio quantumvis remuneratoria,in eo quod excedit merita est simplex.*

52 *Remuneratio quando dicatur excedere merita, & quæ sit in hoc consideratio.*

53 *An & quantum credendum sit ei, qui donat & asserit donatarium de se benemeritum.*

54 *Merita non dicuntur, quæ fiunt vel legis, vel naturæ, vel pietatis imperio.*

DE donatione ob merita, quam donationem remuneratoriam dicimus, integra ferè volumina scripta sunt, quæ integrum volumen exigunt, aliis plus nimio extendentibus, quoad effectus iuris, hanc ipsam remuneratoriam donationem,aliis, plus iusto coarctantibus & restringentibus: ita vt ferè media exigat documenta, cum nec omnino explodendus sit fauor antidoræ, nec omnino ita ampliandus & extendendus, vt nihil ferè in iure relinquat integrum & incorreptum.

Iason *in l.ex hoc iure,de iust.& iur.n.52.*ait obligationem antidoralem, quæ est remuneratoria, oriri ex solo instinctu naturæ, quo instruimur, vt benefacientibus benefaciamus; & ait ex Nicolao de Neapoli,*in princ.Instit.de oblig.* quod hæc remuneratio reperitur etiam apud bruta animantia: multa de canibus, leonibus equis, elephantis, piscibusque referuntur, quæ videre poteris apud Tiraquellum *in l.si vnquam,C.de reuocand. donat. verbo donatione largitus, num.69.*sed quia ea eius generis sunt,vt quivis domi suæ facilè experiri possit, nihil in istis immorandum est. 1

Contrahitur autem isthæc antidoralis obligatio & inter extraneos, & inter coniunctos,veluti inter patrem & filium,matrem, liberosque; inter virum & vxorem. Cum enim naturalis sit, apud omnes vt reperiatur necesse est, *§. sed naturalia,Instit.de iur.nat.gent.& ciuil.l.ex hoc iure,ff.eodem.* 2

Hinc colligunt scriptores donationem hanc remuneratoriam propriè non esse donationem,cum non procedat ex mera liberalitate. Debet enim donatio esse gratuita, liberalis, mera, simplex, propriaque donatio, *l.1. in princip.ff. de donat. l.filiusfamilias, in princ.ff. eodem*, quod vero verius est, & agnoscit Iason *consil.171. n.4.* Baldus & Angelus *in l.si vnquam C.de reuocand.don.* Romanus *consil.126.*quod notissimum est, & patet *ex l.1.tit.5. part. 5. Donacion,*inquit nostra lex,*es bien fecho que nace de nobliza e bondad de coraçon quando es fecha sin ninguna premia*: & ibi notat Gregorius. 3

Quoniam autem donatio remuneratoria habet quædam incitamenta naturalia ad liberalitatem, quæ sunt veluti quædam nobilia calcaria, quibus nobiliter adigimur, vt befacientibus benefaciamus,multa ex his incitamentis naturalibus,quæ plurimùm apud omnes possunt, tribuunt scriptores huic remunerationi,quæ scripra latè reliquit Iason *in l.ex hoc iure,ff.de iust.& iur.num.52.*

per plures numeros, vbi ferè viginti priuilegia adducit huius remunerationis. Iterum *in l. si non sortem, §. libertus, ff. de condict. indebit. num.* 8. totidem effectus iuris enumerat, qui resultant ex hac remuneratoria largitate: plura additio ad Felinum *in c. nouit de iudiciis*, Tiraquellus de hac remuneratione quadraginta sex effectus adducit *in l. si vnquam, C. de reuocand. donat. verbo, donatione largitus, num.* 11. Multa tradit Didacus noster *in c. cùm in officijs, de testam. num.* 8. *vers. gl. Bernardi*, ex primis huius capitis verbis.

At verò cùm viri litteris & eruditione præclari, imò cum vniuersa iurisprudentiæ schola donationi propter merita plurima hæc priuilegia tribuant, cúmque hoc sit maximè secundum naturam, vt ad gratiam excitemur, diligentius iustè quærendus est beneficij, quam pecuniæ debitor: cúmque hæc remunerandi obligatio nascatur ex ratione naturali, quæ adiuuanda, & fouenda est, non coërcenda, ex Hispano Fortunio Garsia *in l.* 1. *§. ius naturale, ff. de iust. & iur. illat.* 10. ideo iuris prudentissimi ius hoc naturæ adiuuantes, & quasi benigna interpretatione naturæ hominum conuenientissima fouentes, simul vt ad gratitudinem adigeremur, plurima illa beneficia & priuilegia huic remunerationi tribuerunt, quæ omnia vno actu destruere se posse existimauit Pinellus alioqui doctissimus, in eamque vnam rem obstinato studio elaborauit (quantum feliciter, aliorum esto iudicium) *in l.* 1. *C. de bonis maternis, part.* 3. *a num.* 19. *per plures numeros.* Quasi verò in eo sit sita & posita laus, si quo iure, quaque iniuria vniuersas & vniuersè acceptas sententias ad internecionem vsque destruas & enerues. Sed tamen fundamenta communis & receptissimæ sententiæ ipsa sese optima ratione defendunt, quæ facile vitari non possunt, licèt multa, vt ea eneruet, cumulet Pinellus: de his igitur hæc pauca accipe benigne lector.

5 Communis igitur & huc vsque recepta sententia vt priuilegia hæc plurima, de quibus Iason & Tiraquellus *vbi suprà*, tribuat remunerationi & antidoræ, donationem hanc remuneratoriam, & propter merita à ratione merè voluntaria & gratuita deducit, & trahit ad rationem aliorum contractuum, vt quæ ad donationis gratuitæ perfectionem, & valorem requirimus, in donationem ob merita reiiciamus, ex qua sola ratione emanauit ratio antidoræ, & deriuarunt omnia illa priuilegia, aiuntque donationem ob merita nec dici, nec esse donationem, sed esse quandam permutationem, & compensationem, titulumque planè onerosum, cui non conueniant quæ de gratuita & liberali donatione scripta sunt.

Idque probant primùm *ex l. Aquilius Regulus, ff. de donat.* ibi: *Defendi non meram donationem esse, verùm officium magistri quadam mercede remuneratum*; quo textu nihil potest esse clarius quem ad hoc allegat Baldus, & ibi Bartolus *in l. per diuersas, C. mandat.* Alex. *in l. iurisgentium, §. quinimò, ff. de pactis*, & *consil.* 217. *lib.* 2. & *consil.* 43. *vol.* 4. Franciscus de Aretio *consil.* 17 Romanus *in l. si verò, §. de viro, num.* 258. *ff. sol. matrim.* Alexand & Decius *in l. si donatione, C. de collat.* Palacios Rubios *in rubr. de donat. inter vir. & vxor* §. 1. Suarez *in l. Regni titulo, de lucris*, 3. *limitat.* Didacus *in c. cùm in officiis, de testam.* Bartolus, Paulus, Alexander, & Iason *in authent. vnde si parens, C. de inoffic. testament.*

Pinellus

Pinellus autem *in d.l.1.C.de bonis maternis,part.3.num.* 92. nititur destruere allegationem dictæ legis *Aquilius Regulus*, vt receptam sententiam nudam relinquat omni iure, quod parum feliciter ipsi cedit: & primùm adducit censum glossæ, ibi, *verb. mercede*, quam ibi sequitur Rogerius & Cumanus, & præter ipsos Decius *in l.donari, ff.de regul.iur.* scilicet, quod in casu dictæ legis *Aquilius Regulus*, agebatur de mercede debita, ad quam competebat ius agendi. Hæc autem interpretatio tum diuinat, tum reiicitur *ex verbo donatio*, & Iurisconsultus Papinianus tuetur Nicostratum, vel Rhetorem, vel Præceptorem, non ex obligatione efficaci, sed ex remuneratione: & cùm videat Pinellus hanc interpretationem, tum diuinantem, tum alienam à verbis & sensu Iureconsulti, quod ipse agnoscit, ait secundò in casu dictæ legis *Aquilius*, dubitatum fuisse de tempore post mortem Reguli, quod quidem est verissimum, sed in ea quæstione de tempore post mortem donatoris decisio petita est ex meritis. 6

Dubium autem faciebat verbum illud, *dono & permitto tibi habitare in illo cœnaculo, & eo vti*; quæ verba & ad donationem, & ad vsum, & ad habitationem referebantur, & omnia iuncta inducebant precarium, vt patet *ex l. Lucius, ff. eodem*, qui est textus expressus, cuius verba hæc sunt: *Lucius Titius epistolam talem misit. Ille illi salutem: hospitio illo quandiu volueris, vtaris superioribus dictis, & his omnibus gratuitò, idque te ex voluntate mea facere, hac epistola notum tibi facio: quæro an hæredes eius habitationem prohibere possint? Respondi secundùm ea, quæ proponerentur, hæredes eius posse mutare voluntatem.* Hactenus Scæuola, ex cuius responso vides ea verba, quæ leguntur *in d. l. Aquilius*, ibi: *Dono, & permitto tibi habitare in illo cœnaculo, & eo vti*, pertinere ad precarium, & meram voluntatem, de qua fuit dubitatum, quod apertissimum est ex responso Scævolæ: *Hæredes eius posse mutare voluntaem*; iuncto responso Papiniani *in d. l. Aquilius*, ibi: *Non videri donationem sequentis temporis irritam.*

Precarium autem pendet à non voluntate concedentis, quia durat quandiu durat voluntas, & ex contraria voluntate reuocatur, *c. final. de precario, l. quæsitum, §.quod à Titio, l.cum precario, §. precarij, ff.de precario,* Paulus per illum textum *in d.l.Lucius*, idem Paulus, vbi gloss.*in d.l. Aquilius*, Bartol. *in l.centesimis, §.fin,* vbi Alexand. & Iason, *ff.de verbor.* Tiraquellus *de constituto num. 12. ampliat.2.*Didacus *in 4.part. cap.3. num. 5.* & est lex 1. & lex 2. *ff. de precario.*

Mortuo igitur Aquilio mota lis est contra Nicostratum, & hæredes aperta voluntate, aut dicam noluntate, contraria certè voluntati,reuocabant precarium, quod patet ex litera, ibi: *Mortuo Regulo controuersiam habitationis patiebatur Nicostratus:* quod non potest dici clariùs,vt obiter aduertas quàm obcæcatè dicat Pinellus *d. n.62.ad medium,* ex textu non intelligi, quis mouebat controuersiam donatario. Donatarius igitur effugit rationem aperti & clari precarij confugiendo ad merita; quæ quidem merita effecerunt, vt illa verba, quæ tota pertinebant ad precarium, aliò pertinerent, scilicet ad satisfactionem,solutionem, compensationem,& remunerationem, qui est verissimus & receptissimus sensus dictæ legis *Aquilius.*

Ex

Ex quo sensu planè corruit labor Pinelli *d. num. 62. & 63. in princip.* nec enim merita illa expressa *in d. l. Aquilius*, confirmarunt donationem, & iustificarunt causam donationis; quod quidem ridiculum est, quia ibi nulla donatio, sed precarium intercesit; sed merita effecerunt, vt contractus precarij, & conceptus verbis precariis nihil pertineret ad precarium, sed ad compensationem, & satisfactionem, & permutationem; vnde meritò scriptores aiunt donationem ob merita transformari in permutationem & compensationem, itavt scripta & requisita in donatione non habeant locum in donatione remuneratoria, quoniam *in dict. leg. Aquilius*, donatio & permisio habitationis & vsus transiit ob merita in compensationem; & est ipsa veritas, quicquid dicat Pinellus.

Ex quo indubitato iuris principio constat apertè, quòd licèt donatio requi-
7 rat insinuationem, in donatione tamen ob merita nullam esse necessariam insinuationem, cùm ea, vt apertissimè ostendimus, non sit donatio, sed commutatio & compensatio, vt tota pertineat ad titulum & causam onerosam, vt ad nauseam vsque tradit Tiraquellus *in d. l. si vnquam, verb. donatione largitus, num.* 47. vbi ferè innumeros adducit pro hac opinione receptissima; quam tamen à se labefactatam & destructam existimat Pinellus, verborum potius congerie, quam iuris authoritate: eandem late defendit Iason *in d. l. ex hoc iure, num.* 63. *ff. de iust. & iure*: in eodem argumento versatur ibi Fortunius Garsia Hispanus, & Claudius de Seisellis, & Guido Papæ *quæst.* 95. & est adeo recepta, vt nemo vnquam de ea dubitarit, præter vnum Pinellum.

8 Secundò adducitur pro communi sententia textus *in l. si pater, §. finali, ff. de donat.* cuius verba hæc sunt: *Si quis aliquem à latrunculis vel hostibus captum eripiat, & aliquid pro eo ab ipso accipiat, hæc donatio irreuocabilis est; merces enim laboris eximij appellanda est, quod contemplatione salutis certo modo æstimari non placuit.* Quem textum ad hoc, vt donatio ob merita non possit reuocari secuta ingratitudine, intelligunt, & allegant ex proposito Albericus, Angelus, Romanus, & Baldus *in l. si cùm mihi, ff. de dolo malo*, Abbas *in c. final. de don.* Romanus *singulari* 516. & *cons.* 16. & *cons.* 93. & 436. Corneus *cons.* 194. *lib.* 3 Barbatia *in rubrica de don.* Iason *in l.* 1. *ff. de iust. & iure, in effectu* 2. & *in l. si non sortem, §. libertus, ff. de cond. indeb. effectu* 1. Ioannes Lupus *in repet. rubr. de don. inter virum & vxorem, §.* 50. Tiraquellus latissimè *d. verbo, donatione largitus, num* 13.

Inde ex textu *in d. l. si pater, §. final.* infert Romanus *cons.* 436. & *in l. si viro, §. de viro, ff. soluto matrim.* 24. *fallent.* Alciatus *lib.* 1. *de verborum significat.* Baldus *in l. si cùm mihi, ff. de dolo*, Ruinus *consil.* 29. *num.* 3. *lib.* 1. & *consil.* 217. *lib.* 1. *num.* 7. priuilegia concessa à Principe propter merita transire in contractum, & fieri irreuocabilia; idem scripsit Alex *consil.* 101. & *consil.* 229. *lib.* 1. & *lib.* 2. quod licèt priuilegium immunitatis concessum alicui, possit per ingratitudinem reuocari, non possit reuocari, si sit concessum propter merita: plura adducit Iason *in d. l. ex hoc iure, effectu* 1. vbi vide, & multò plura Tiraquellus vbi suprà, *num.* 14. idem in materia feudorum, quod ob ingratitu

gratitudinem non possint reuocari, si fiant propter merita, Zasius *in epit. feud.part.*10. *conclus.*4.*fallent.*4. Ioannes Lupus de Palac.Rub. *in repet.d. rubr. c.*50. Molinæus *in consuetud.tit.*1. §.30. *n.* 99. latè Tiraquellus vbi suprà, *n.*12. qui *n.*16. adducit Guilelmum de Cugno, & Baldum *in l.si tibi pecuniam, ff. si certum petatur*, contrarium tenentes, & ait vtrumque de meritis malè meritum, qui fundabantur in ea ratione, scilicet quia causa præcedens meritorum non erat obligatoria, sed voluntaria; innuentes non admitti hos effectus antidoræ, nisi vbi causa meritorum præcedens esset obligatoria & efficax ad agendum, quos tamen cum sua ratione ait Tiraquellus in re apertissima errare; quam tamen rationem Baldi & Guilelmi de Cugno reprobatam à Tiraquello, suscitauit Pinellus *in d.l.part.*3. *n.*60. ibi: *Assero igitur verè & propriè, &c.* quasi ad gloriam & laudem pertineat, antiquorum errores, iam diu reprobatos, novè suscitatos obstinatè defendere & tueri, vt videamur noui aliquid attulisse. Ideò autem, benigne lector, hanc operam circa merita suscepi, vt hæc & alia pateant, ne iuniores authoritate decipiantur.

Inde etiam dimanauit receptissima sententia, vt scilicet donatio propter 10
merita non reuocetur ex superuenientia liberorum, iuxta textum *in l.si vnquam, C.de reuoc.donat.* quam sententiam latissimè, vt solet, fundat Tiraquellus vbi suprà, *n.*12. & Iason *in d.l.ex hoc iure, effectu* 16. & *in d.* §. *libertus, effectu* 15. Alciatus *in l.credito.es, ff. de verbor.signific.* Catellianus Cotta *memorab. verb.donatio facta filio*, Iacobinus à Sancto Georgio, *in l. tale pactum,* §.*final.de pactis*, Ripa *in repet.d.l.si vnquam, q.*14.*& respons.* 113. *lib.* 3. reliquos vide apud Tiraquellum, & Iasonem, quos etiam refert & sequitur glossa *in l.*8. *tit.*4. *part.* 5. *verbo disse.* Omnia autem hæc descendunt ex decisione dictæ legis *Aquilius*, & *d.l.si pater,*§.*fin.ff.de don.*quòd scilicet hæc remuneratoria donatio non sit verè donatio, sed compensatio, aut permutatio: vnde omnia, quæ de simplici & vera donatione scripta sunt, non possunt commodè ad ipsam applicari, salua recta iuris ratione.

Pinellus autem, vt dixi, elaborat in eo, vt omnes hos effectus iuris longiùs propellat, ideoque sicut ad intellectum dictæ legis *Aquilius*, frustra fatigauit ingenium, ita & in intellectu legis *si pater*, §. *final.ff. de donat.* operam & oleum perdit. Ait primùm *in d.*§.*final.* interuenisse conuentionem à principio inter duos, vt alter alterum à periculo liberaret, & certa res liberatori præstaretur, atque adeò ex conuentione ait nihil pertinere decisionem dicti §. finalis ad merita; & subdit, quod ita intellexit Cumanus *ibi*, & se ita intellexisse ante multos annos, quàm Cumanum legisset, dicens ita intelligi textum *in d.*§.*final.& in l. metum*, §. *sed licet, ff.de eo quod metus causa.* Deinde asserit penitissimè literam intuenti, & expendenti dictum §. finalem & dictum §. *sed licet*, esse meram diuinationem dicere quod ibi interuenit conuentio; quod quidem est verissimum.

Secundò, cùm primus intellectus non quadret ad dictum §. finalem nec ad §. *sed licet*, confugit ad specialitatem, eamque ait esse conseruationem vitæ. Ego verò quærerem, cur ad specialitatem confugit? cur eam vitæ conseruationem veretur vocare meritum, vt vocat tota iurisprudentiæ schola? scilicet, vt videatur receptissimam sententiam eneruasse, quam nec verbo

B quidem

quidem ſatis congruo concutit. Reſtat igitur inconcuſſa recepta ſententia, *ex*
12 *d.l. Aquilius*, & *ex d.§. final.* & *§. ſed licet*, reprobata opinione Baldi & Guilelmi de Cugno, *in l. ſi tibi pecuniam, ff. ſi certum petatur*, vt per Tiraquellum *d.n.*16. qui exiſtimabant non dici meritum, niſi ex eo naſceretur obligatio efficax ad agendum: quam ſententiam reprobatam ſuſcitat Pinellus vbi ſuprà, *in d.l.* 1. *part.* 3. *num.*60. ibi: *Aſſero igitur verè & propriè donationem etiam liberalem vel gratuitam appellari, quæ fit causâ remunerationis, quando ſeruitia, vel merita non præſtabant ius aliquod agendi*: ideò enim hæc ſcribimus poſt reliquorum vberiora ſcripta, vt admoneamus lectores in rebus grauibus, ne cuiuſquam opinione decipiantur.

13 Tertiò adducitur pro communi & receptiſſima ſententia, etiam veriſſima ex prædictis fundamentis, etiamſi alia deeſſent, textus *in l. ſed etſi lege, §. conſuluit, ff. de petit. hæred.* ibi: *Planè ſi antidora acceperunt, dicendum eſt locupletiores factos, quatenus acceperunt*; ſequitur ibi: *Et velut genus hoc eſſe permutationis.* Ecce textum, vbi Iuriſconſultus ſine ambage donationem remuneratoriam ait pertinere ad permutationem, non verò ad omnimodam liberalitatem, qualem in donatione requirimus.

14 Ex hoc textu, & *ex d.l. ſi pater, §. final.* & *d. l. metum, §. ſed licet*, & *d.l. Aquilius, quæ ſunt iura expreſſa*, colligunt ſcriptores Prælatum poſſe donationem exercere remuneratoriam, etiamſi ſit prohibitus donare, *l. iubemus nulli, §. ſcientes*, ibi: *ad viciſſitudinem beneficij collati*, & ibi gloſſa, *verb. permiſſum*, Albericus, Bartolus, Baldus, Paulus & alij, *C. de ſacroſanct. Eccleſ.* Iaſon *in d.§. libertus*, & *in d.l. ex hoc iure, vbi ſuprà*, Alciatus *in d. l. creditores, de verbor. ſignificat. ad fin.* Palacios Rubios *in repetit. rubr. de donat. inter virum & vxorem, vbi ſuprà.* Tiraquellus latiſſimè *d. verbo, donatione largitus*, *n.*7. vbi quod non ſolum hoc licet in mobilibus, ſed etiam in rebus immobilibus, ex Baldo *in l. cùm multa, de bonis quæ liberis*, vbi dicit, quòd Papa poteſt infeudare res Eccleſiæ propter merita; & Paulus de Caſtro *conſ.*74. *lib.*1. & Iaſon *conſ.*222. *lib.*2. vbi loquitur in Archiepiſcopo, & in immobilibus; licèt contrarium in immobilibus teneat Decius *conſ.* 164.

15 Inde etiam deducunt ſcriptores, quòd Prælatus ob merita poteſt mutare naturam feudi, veluti ſi conceſſum ſit ad tempus, vt protrahatur in longius tempus, & ſi ſit conceſſum pro maſculis, vt extendatur etiam ad fæminas: ita fundat Iaſon *in d.§. libertus*; *in* 7. *effectu*, & Tiraquellus *vbi ſupra*, qui multos allegat *num.* 28. dicemus nos inferiùs *num.* 30. latiùs ad textum *in c. per tuas, de donation.* ibi vide. Pinellus autem *ad l. ſed & lege, §. conſuluit*, ait ea verba, ſcilicet, *& velut genus quoddam hoc eſſe permutationis*, fuiſſe dicta obiter, non principaliter, ſed ornatus causâ. Ego vero video verba illa addita, quaſi in eis adſit ratio deciſionis; nec Iuriſconſulti otiosè loqui ſoliti ſunt; præterea ſunt poſita iuxta mentem & ſenſum Iuriſconſulti. Non eſt enim ſimilis is qui de ſe benemerenti beneficium tribuit, ei qui ludo, ſcortis, alea, aliiſque id genus rebus rem hæreditariam perdit, nec ei, qui ſola liberalitate vſus donauit; is enim pauperior factus eſt, ille verò qui beneficium retribuit, locupletior, cùm merita priora habeat, & ſiue rem compenſet re, ſiue pecuniam pecunia, ſiue beneficium beneficio, planè quantum donauit remunerando,

do, tantum accepit, nihilque de hæreditate amisisse intelligitur; & hic est verus sensus ad litteram, qui probat communem & receptissimam sententiam; & ita hactenus sunt iura expressa dictæ legis *Aquilius, d.l. si pater, §. fin. d. l. metum, §. sed licet, d. l. sed & si lege, §. consuluit*, vt meritò de remuneratione bene sentiant, qui ingenio sunt mitiori, quosque de meritis malè meritos esse pudet.

Quartò, pro communi & receptissima sententia est textus *in l. idemque, §. fin.& l. sequenti*, & *l. si verò non remunerandi, ff. mandati*, ex quibus iuribus fideiussor potest agere actione mandati aduersus debitorem, si creditor ei acceptum tulerit causâ remunerationis; secus si non remunerandi causâ, sed liberaliter fideiussori remiserit. Verba Vlpiani hæc sunt: *Si fideiussori donationis causâ accepto factum sit creditore, puta si fideiussorem remunerare voluit creditor, habere eum mandati actionem multò magis si mortis causâ accepta tulisset, vel si ei liber actionem leganit.* Subdit Pomponius: *Si ei cui damnatus ex causa fideiussoria fueram, hæres postea extitero, habebo mandati actionem.* Vlpianus autem iuxta propriam sententiam *in d. l. idemque, §. fin.* limitat Pomponij sententiam, subdens *in l. sequenti: Si verò non remunerandi causâ, sed principaliter donando fideiussori remisit actionem mandati, eum non acturum*: & ita intelligit Vlpianum & Pomponium Baldus *in l. vltima, versic. pone aliquis, C. de fructib. & lit. expens.* agnouit Tiraquellus *vbi suprà, n.60.* Iason *in d.l. ex hoc iure, in decimo effectu*, & *in d. §. libertus, duodecimo effectu*, & est verissimum ex superioribus, quia donatio ob merita vergit in contractum onerosum, non lucratiuum; & textus *in d.l. Aquilius, d.l. si pater, §. fin. d.l. metum, § sed licet, l. sed & si lege, §. consuluit, d. l. idemque, §. fin. cum l. sequenti*; & *l. si verò non remunerandi*, quæ sunt iura aperta pro receptissima sententia, quæ potuerunt retinere Pinellum, ne de meritis malè meritus in remunerationem adeò effrenatè inueheretur. 16 17

Fit inde, vt licèt donans non conueniatur vltra quàm facere potest, *l. inter eos, §. is quoque, ff. de re iud. cum similib.* illud tamen non habeat locum in donatione remuneratoria, Angelus originaliter *in l. sed hoc ita*, & *in l. non tantum, ff. de re iudicat.* sequuntur Alex. *in l. sunt qui in id, ff. eodem.* Iason *in d. §. libertus, effectu* 17. Ioannes Lupus *in repet. rub. de donat. inter virum & vxor. §.10.* 18

Pinellus *in d.l.1. part.3. num. 58. versicul. non obstat text. in dict. l. si verò non remunerandi, cum l. præcedenti*, & *§. fin. d.l. idemque*, vt meritorum vim & potestatem excludat, ait scriptores verbis legis deceptos non aduertisse ad mentem creditoris debitum remittentis, & hac speciosa verborum ambage credit satisfecisse receptæ sententiæ. Quòd si vlteriùs quæras, vnde colligat Iurisconsultus mentem creditoris remittere debitum volentis, certè non aliunde, quàm ex meritis colligenda est. Merita igitur sunt quæ distinguunt Pomponium & Vlpianum, & faciunt donationem, legatum, & vltroneam remissionem distingui remuneratione, vt non donatio, sed compensatio sit, quæ fiat ob merita, ita vt vnus casus debitorem liberet, alter obliget. 19

Quintò pro communi & recepta hucvsque sententia adducitur textus *in l. quod autem, § si vir, ff. de donat. inter vir. & vxor.* Verba eius hæc sunt: *Si* 20

vir, & vxor quina inuicem sibi donauerunt, & maritus seruauerit, vxor consumpserit, rectè placuit compensationem fieri donationum; & hoc diuus Adrianus constituit.

21 Fit ex hoc textu & receptissima sententia, vt donatio remuneratoria inter virum & vxorem valeat. Bartolus & Iason *in l. si diuortio, ff. de verbor. obligat.* Bartolus *in l. si voluntate, C. de dotis promiss.* Baldus *in l. 2. §. creditum, vltim. oppos. ff. si certum petatur*, Tiraquellus *de nobilit. cap. 8. num. 19. vers. hinc fit primùm*, Cynus, & Salycetus *in l. si pater puellæ, de inoff. testament.* & ibi Iason, Abbas *in rubr. de donat.* idem Iason *in l. ex hoc iure, ff. de iustit. & iure, num. 55.* Palac. Rubios *in repet. rubr. § 1. num. 1.* & *§. 31. num. 8.*

22 Fit idem secundò, vt licèt tutor aut curator donare non possint simpliciter, *l. vltim. ff. de curat furiosi, l. tutor ad vtilitatem, l. Lucius, §. vltimo, de administrat. tutor. l. pactum curatoris, C. de pactis*, possit tamen causa remunerationis, textus *in l. cùm plures, §. cùm tutor*, & ibi glossa, *ff. de administrat. tutor. l. qui filium, ff. vbi pupillus educari debeat.* Ita ex his iuribus respondit Raphaël Cumanus *consil.* 101. & Rom. *consil.* 50. vide quæ adduximus *de expens. & meliorationib. c. 20. num. 8. & 9.* vbi quantum donare & expendere possit curator. Idem argumentum tractauit Franciscus de Caldas Pereyra *in l. si curatorem habens, C. de in integr. restit. verb. sine curatore constitutus, num.* 119. & 120. vbi videre poteris, quid quantumque donare possint curatores, aut tutores regis minoris.

23 Item procurator generalis, licèt donare non possit, *l. præses, C. de transf.* & *cap. fin. de offic. vicar. lib. 6.* tamen remunerando non dicitur donare, *l. filius, in princip. ff. de procurator.* tenet Bartolus *in l. ambitiosæ, ff. de decretis ab ordine fac.* vbi primores populi causa beneficij gratificantur donanti: & dicit communem opinionem Franciscus de Aretio *consil. 24. in 5. dubio*, Iason *in d. §. libertus, 6. effectu*, & tenet Tiraquellus *d. verb. donatione largitus, num. 32.*

24 Fit item, vt licèt in donatione, quando incipit à traditione, si euincatur res donata, non teneatur donator de euictione, *l. Aristo, §. final.* vbi glossa & Bartolus, *ff. de donation.* hæc tamen euictio admittatur in donatione ob merita, licet incipiat à traditione, Bartol. *in l. Iulianus, §. qui fundum, ff. de verb.* Alexand. *consil. 47. volum. 3.* Iason vbi suprà, *num.* 68. quæ omnia descendunt ex eo iuris principio, quod donatio remuneratoria propriè non est donatio, sed compensatio, satisfactio, & permutatio, & accedit naturæ contractus onerosi, non verò lucratiui. Vnde fit vt deposita in donatione liberali, simplici & mera, non habeant locum in donatione remuneratoria, *d. l. Aquilius, d. l. si pater, §. final. d. l. metum, § sed licèt, d. l. sed & si lege, §. consuluit, d. l. idemque, §. fin.* & *l. sequent.* & *l. si verò non remunerandi, d. l. quod autem, §. si vir, d. l. cùm plures, §. cùm tutor*; quæ sunt iura pro communi & recepta sententia.

25 Pinellus autem, cùm ferè nihil admittat remuneratorium, nisi merita præcedentia obligationem habeant efficacem, quod aduersus Bald. & Guilelm. de Cugno reprobarat Tiraquellus, vt suprà aduertimus, ait *in d. l. quod autem, § si vir, ff. de donat. inter vir. & vxor.* Iureconsultum loqui in donationibus mu-

tuis

tuis, licèt illum textum allegent viri magni nominis, de quibus suprà mentionem fecimus, quos ait Pinellus multa in hoc perniciosè scripta reliquisse, ob idque ipse *d. num.* 85. ibi, *minus obstat text. in d. l. quod autem*, §. *si vir*, porrò ait in donationibus mutuis omnia esse paria inter coniuges, aitque separari donationem reciprocam à donatione remuneratoria, & allegat ad hoc Tiraquellum *inferiùs n.* 94. qui mihi, vt est videre, nihil dicit; nec est ratio necessaria, quòd vxor debeat viro omnia officia, etiam pietatis; propter quam rationem reiicit remunerationem inter coniuges: quia alia inueniri & interdere solent, ad quæ non omnes vxores indistinctè tenentur vxorio officio, & maritali affectione, quod statim dicemus. Denique Pinellus ait cessare rationem prohibitionis in donatione mutua inter coniuges, quia nemo illorum vltrò citróque dando & accipiendo fit pauperior, aut ditior; quæ omnia reperiuntur in donatione remuneratoria, & inuenerunt viri illi magni nominis, à quibus decedit Pinellus. Est enim donatio remuneratoria reciproca, & mutua donatio, quæ neminem facit nec pauperiorem, nec ditiorem, quod probauimus ex sæpius allegato §. *consuluit*, & est permutatio, *ex d. l. Aquilius*; & commutatio, *ex d. l. si pater*, §. *final.* & satisfactio, *ex d. l. idemque*, *cum l. sequenti*, & *l. si verò non remunerandi*; ita vt planè in hac mutua & reciproca donatione remuneratoria inuoluta reperiantur merita, ex quibus locus fit dictæ legi *quod autem*, §. *si vir*, & ex meritis resultat reciproca donatio, & ex illis constat & conseruatur donatio inter virum & vxorem: nec potuit aptè Pinellus in casu dicti §. *si vir*, distinguere mutuam donationem à donatione remuneratoria, in qua semper mutua donatio necesse est vt reperiatur.

Ex eo intellectu sustinetur donatio inter virum & vxorem, scilicet, si senex ducat vxorem puellam, iuuenculam, pulchram; si rusticus nobilem, glossa *in l. voluntate, C. de dotis promiss.* & ibi Salyc. probant Bartol. Angel. & Paul. & Alexand *in l. si diuortio, ff. de verborum oblig.* & *in l. si ita stipulatus*, §. *si tibi nupsero, ff. eodem*, Bald. *in l.* 1. *in fin. C. de donation. ant. nupt.* & *in l. pen.* §. *mulier*, *ff. soluto matrim.* Angelus *in l.* 1. *ff. eodem*, vbi Imola: tenet Iason *in l. ex hoc iure, ff. de iustit. & iur. num.* 55. *effectu* 3. & iterum *in l. si non sortem*, §. *libertus*, *ff. de condict. indebit num.* 8. vbi latissimè Tiraquellus *vbi suprà, num.* 19. Palac Rub. *in repet. rubricæ*, §. 31. Didacus latè *in* 4. 2. *part.* §. 3. *num.* 2. tenet Gregorius noster *in l.* 2. *tit.* 20. *part.* 2. qui allegat Bald. Nouellum *in tract. de dote, gl.* 1. & vt tum hæc donatio valeat præiudicare filiis prioris matrimonij in legitima, *ex l. vinus libertus, ff. ne quid in fraud. patroni*, dicemus inferiùs; & quid nostro iure Hispano. Et hoc modo limitatur decisio textus *in l. quæ iam nuptæ*, *ff. de don. inter virum & vxorem*, & textus *in c. de illis*, *de condit. appositis*, vbi donatio confertur in tempus habile, scilicet antequam eam in vxorem ducat; at verò lege *si ita stipulatus fuero* 57. §. *si tibi nupsero*, donatio confertur in tempus inhabile, scilicet contracto iam matrimonio, quæ est vera concordia ad illa duo iura, licèt aliqui nescio quam turpitudinem somniant, ex qua conciliari putant duo illa iurant; vide Didacum *d.* §. 3. *n.* 5. & 6. 26

Præterea & contra Pinellum, qui existimabat vxorem debere omnia officia coniugi maritali affectione, & non posse inueniri merita erga virum, facit, quia excogitari possunt merita & quotidie interuenire, vt vxor de marito benemerita 27

& esse, & dici possit: namque si duxeris nobiliorem fœminam, ipsáque te ægrotante cibum paret, medicamenta apponat, excubet pernox, fricet, vngat,
28 thorum sternat ipsa, vt molliùs cubes, lauet, nec abstineat à coquinaria opera, & seruilibus ministeriis; profectò quia ad ista non tenetur vxor nobilior, ex Abbate *in c. literas, de restit. spol.* si faciat, te modis omnibus demeretur, & singulari & opportuno beneficio afficit, Bald. *in c. grauis, de rest. spol.* textus singularis *in l. etiam*, §. *ex præterito*, ibi: *Quod enim sanauerit*, & ibi: *quia multa merita incidere possunt*, *ff. de manum. vind.* Ideóque non assentior Pinello, qui *ad d.l. si vir.* existimabat non posse reperiri officium, ad quod non teneretur vxor amore maritali; & puto hæc merita admittere remunerationem æqualem, etiam constante matrimonio, cum communi & recepta sententia, & sensit Palacios Rubios *d.§.1. in princip.* & *n.2. ad finem*, & breuiùs Tiraquellus, *in c.8. connubiali*, vbi nihil allegat, *num. 6.* solo Plutarcho adducto.

29 Imò cùm hæ nobiliores fœminæ non soleant locare operas suas, si isthæc faciant, planè hæ operæ excedunt omnem æstimationem pecuniariam, ita vt mereantur quamlibet quantumvis magnam remunerationem: textus ad hoc singularis *in l. naturalis*, §. *at cùm do*, *ff. de præscript. verbis*, ibi: *Si tale sit factum quod locari solet*; qui est textus ad hoc singularis. Cùm enim æstimari non possit beneficium illud pecuniâ, quia non solet locari nobilior fœmina, certè remunerationis causâ quamlibet rem meretur; quod aduertimus pro viris imperiosis, & superbis, qui putant vxores sibi suas seruas & ancillas omne debere officium, quantumvis humile; simúlque vt de fœminis nobilioribus benemeriti videamur.

30 Sextò adducitur pro communi & receptissima sententia textus *in c. per tuas, de donat.* ibi: *Quòd cùm quidam nobiles Florentini tempore schismatis Episcopum Florentinum in domo sua tenuerunt, idem Episcopus sedata schismatis tempestate, de mandato Alexand. Pap. quatuor modios terræ in feudum concessisse eisdem:* qui textus est expressus, & notabilis, vt Prælatus propter benemerita possit infeudare terras Episcopatus, & Ecclesiæ suæ, licèt aliàs alienare non possit: & potest mutare naturam feudi, veluti si sit ad tempus, potest protrahere in longius tempus; & si concessum sit pro masculis, potest extendere ad fœminas; fundat Iason *in d.§. libertus, in septimo effectu*, & Tiraq. *d. verb. donatione largitus*, *num.28.* vbi plures allegat, diximus suprà *n.14.* textus *in c.1. primo, de l. Corrad.* & *in c.1. §. primo, titulo qui feudum dar. poss.*
31 Palac. Rub. *l. Iulianus*, *in repet. rub.* §. 50. quem adducit Tiraquellus vbi suprà, *num.27.* vbi plura ad propositum Alciatus *in l. creditores*, *ff. de verb. signif. l. ei, in auth. hoc ius*, *C. de sacrosanctis Ecclesiis*: pro quibus est textus expressus *in d.c. per tuas*, *d.l. Aquilius*, *d.l. si pater*, §. *fin. d. l. metum*, §. *Sed licet*, *d.l. & si lege*, §. *consuluit*, *d.l. idemque*, §. *fin. cum l. sed si non remunerandi*, *d.l. quod autem*, §. *si vir*; quæ omnia iura sunt expressa pro receptissima omnium opinione contra Pinellum; quod leuiter attingens putat posse omnia hæc iura eneruari.

Pinellus igitur contra communem interpretationem ait, quòd *in d. cap per tuas*, concurrunt duo maximè aduertenda, & ait, quòd ea parum ab scriptoribus

ribus aduertuntur: primum scilicet, quod ob seruitia & benemerita res omninò non donatur, *in d. c. per tuas*, quod quidem non ignorant Scriptores, qui ex eo textu colligunt, Prælatum posse dare in feudum res Ecclesiæ propter benemerita; quod quidem ad alienationem pertinet *ex c. nulli, de rebus Ecclesiæ non alienand.* & *ex l.fin.C. de rebus alienis*, vbi vtcumque, siue directum, siue vtile dominium alienetur, alienationem dicit censeri. Iason *in §. item si quis in fraudem, Instit.de actionib. l.1.C.de fundo dotali.* Benè igitur aduertunt Doctores ad ea, quæ scripta reliquerunt, & applicarunt *ad d. c. per tuas*, & optima ratione scripsere, Prælatum, qui alias non potest alienare, posse tamen dare in feudum, cùm sit alienatio, sustineríque eam alienationem rerum soli, & immobilium propter merita.

Ait secundò Pinellus, quòd ibi intercessit authoritas summi Pontificis, ibi, 32
ex mandato Alexandri Papæ; & licèt mandatum illud longè absit ab authoritate præstita: sed esto, quòd mandatum illud pertineat ad authoritatem, patet ex textu ideò Summum Pontificem mandasse, & Episcopum concessisse, quia scilicet nobiles illi benemeriti erant de Episcopo, ac subinde de Romana Sede, quia tempore schismatis, quo tumultuari solent reliqui, ipsi ex fide seruassent Episcopum, iustissiméque deducunt ex textu Scriptores, esse *in d.cap.per tuas*, textum, vbi Prælatus, qui aliàs non alienat, concedit in feudum res immobiles propter merita, vt obiter notem textum illum contra Decium *in consi.164.* contra Ruinum *consil.3. lib.1.* & contra Ioannem 33
Lupum de Palacios Rubios *d.§. 50.* qui existimabant, non posse ex hac causa remunerationis alienari immobilia: contrarium tenuerat Iason *cons. 221.* & *cons.227. vol.2.* & *cons.10. vol.3.* Vide Curtium iuniorem *in tractat. de feudis, 2.parte princ. quæst. 6. versic. secundò moueor, si de feudo agas, & de rebus novè infeudatis à Prælato.*

Septimò adducuntur pro communi & recepta sententia alia iura, & præ- 34
cipuè textus *in l.etiam, §.ex præterito, ff.de manumiss. vind.* ibi: *Veluti quòd Dominum in prælio adiuuerit, quòd contra latrones tuitus sit, quòd eum sanauerit, quòd insidias detexerit; & longum est si exequi volueris, quia multa merita incidere possunt, quibus honestum sit libertatem cum decreto præstare, quæ æstimare debebit is apud quem de ea re agitur*: vbi minor alienat remunerando. Socin.*cons.66.lib.1.* Alciat. *in l.credit, de verb. signif.* Roman. *in l.si ante nuptias, ff.solut. matrim.* & notat illum textum Bart. *in rubr. de don.* & disputat Ias.*in l.si non sortem, §.libertus, in nono effectu, ff. de cond. indebit.* vbi fundat minorem, qui etiam cum decreto non potest alienare res immobiles, *l.fin.C. si maior factus, l.1.ff.de tutel. & ration. distrah.* propter merita remuneranda posse etiam sine decreto, & addit, quòd licèt Franciscus de Aretio *consil. 24.* restringat hoc ad mobilia, quasi non possit immobilia alienare, sic intelligendo textum *in l.cùm plures, ff.de administr. tut.* & *l.qui filium, ff.vbi pupill. educ.debeat*, & *c. cùm in officiis, de testam.* & dicit Franciscus de Aretio, quòd ista est intentio textus *in l.fin.C. si maior factus*; tamen Iason tenet contra 35
Franciscum de Aretio, & allegat contra illum textum *in l.2.C. si aduersus donat.* vbi non fuit licitum donare rem immobilem pupilli eò, quia non interuenit decretum: ergo si fieret alienatio cum iudicis decreto, valeret; sed tamen

adverte, quòd *in d. l.2.* nulla mentio est de meritis, ideò inductio illius textus ad hanc rem, quam agimus, nihil valet, nisi dicas ibi agi de alienatione fundi, & ita de re immobili; & non tenet alienatio propter Senatusconsulti authoritatem: si ergo adesset solemnitas Senatusconsulti, valeret: cùm ergo illud recipiatur in simplici alienatione, multò magis admittendum est in alienatione propter merita, *ex d.l.cùm plures*, & *d.l.qui filium*, & ita pro Ias. iudico *d.l.2.*

36 Octauò pro communi & receptissima sententia facit textus *in l. cùm Navarchorum, C. de naviculariis & naucleris, lib.* 11. vbi remittuntur publicæ pensitationes, & conceditur immunitas in præmium benè navatæ operæ in rempublicam ab eo qui eam operam navare non tenebatur: & ad hoc adnotavit illum textum Romanus *in rep. d.l.si verò*, §. *de viro, ff.solut.matrim. fallent.*48. & Barbatia *cons.*11.*lib.*2. & *consil.* 44. *eodem libro*, & Tiraquellus *ubi supra*, credit hoc verum, *num.* 42. addit tamen ibi hæc verba; sed an id probetur *in d. l. cùm Navarchorum*, aliorum sit iudicium.

Meo autem judicio textus benè probat conclusionem, ad quam allegatur à Romano & Barbatia, si consideres decisionem legis penultimæ, *C.de iure fisci, lib.*10. ibi: *Quaque antiqua consuetudine commendantur in pabulis, vel sumptu familiæ ministrando, intemerata permaneant*: ubi antiqua consuetudo est servanda in creandis officiis, in eo scilicet, vt vnusquisque munia & munera sui magistratus exerceat, nec putet ab alio esse sibi excusationem expectandam; idque circa pabulum, & circa sumptum familiæ.

Modò capio sensum legis *cùm Navarchorum.* Cùm propter penuriam navium Naucleri orientales, quibus ex antiqua consuetudine munus iniunctum erat vt frumentum ex Alexandria Constantinopolim transferretur, eorum operâ officium suum præstare non possent, ac subinde, vt inquit textus, titubarent, id est, timerent pœnas legibus adversus eos impositas, transacta præsertim jam occasione navigandi, ideoque expectarent indignationem judiciorum, quæ judicia reddebantur adversus naucleros non transvehentes frumentum, Augustus verò, ne vrbs penuriâ frumenti laboraret, frustra expectatis naucleris orientalibus, vocatis ad se Præfecto Augustali & Præside Insularum ex eorum consilio (id enim sonant verba illa *Præfecto Augustali & Insularum Præside conventis*) id est, vocatis & communicatis de ea re: Augustus igitur ex eorum consilio fecit, vt Principes, & Summates, hoc est, Præfecti Alexandriæ & Cripaciæ classis frumentum adducerent, quod quidem per naucleros orientis ex conditis vrbis Alexandriæ consueuerat transferri. Itaque Summates Alexandriæ, quæ in Africa est ad ostia Nili, transvexerunt frumentum Constantinopolin, quod ex antiqua consuetudine naucleri orientis, hoc est Asiæ, transferre tenebantur; cumque vrbem fame liberassent, immunitate pro remuneratione donantur, ibi: *Salariis pro merceduba præstitis*, & ibi: *Ex tributariæ pensitationis immunitate.* Quidquid igitur reliquerit Tiraquellus aliorum judicio, certè textus *in d.l. cùm Navarchorum*, probat ad literam id, ad quod à Romano & Barbatia allegatur; & miror Tiraquellum bonarum literarum præsidiis illustrem, de litera dictæ legis *cùm Navarchorum*, dubitasse. Mare autem Carpathium inter Rhodum & Cretam est, à Carpathio insula dictum: vergit ad Ægyptum, hodie Turcis familiare.

Vnde

Vnde fit, vt ei aut remittatur omninò pœna, aut saltem minuatur, qui de re- 38
publica bene est meritus, *l. 2. §. postea cùm Appius, ff. de orig. iuris*, vbi ei, qui librum Appio surripuit, & populo donavit, pœna furti nulla imponitur: textus *in l. non omnes, §. vlt ff. de re milit.* vbi ei parcitur, licèt transfugæ, qui plures latrones detexit, & transfugas demonstravit: notat Roman. *sing.* 538. Barbat. *cons.* 11. *lib.* 4 & *cons.* 21. *lib.* 2 Fulgos. *cons.* 124. Alexand. *cons.* 19. *lib.* 7.
Socinus *regula* 229. Platea & Angel. *in §. sed & quod Principi, Inst. de iure* 39
natur. gentium & ciuil. & ibi glossa *verbo, ob meritum.* Vide Tiraquellum latissimè *in tract. de minuend. pœn. caut.* 24. & vide legem *in eos, ff. de custodia reorum*, vbi parcitur carcerato, qui detexit conspirationem factam in carcere.

Nonò, pro communi & receptissima sententia est textus expressus *in l. vi-* 40
uus libertus, ff. ne quid in fraud. patroni; verba illius hæc sunt: *Viuus libertus donare bene merentibus amicis potest, legare verò nec bene merentibus amicis potest, quò patroni partem minuat*: ex donatione igitur remuneratoria minuitur legitima portio patrono, & ad hoc notat illum textum Bald. *in l. 2. oppos.* 4. *C. de inoffic. don.* Rom. *in repet. l. si verò, §. de viro, ff. solut. matrim. fall.* 48. *vers.* 6. Alex. *cons.* 55. *lib.* 2. Barb. *in rub. de don.* & *cons.* 2. *lib.* 3. Corneus *cons.* 178. *lib.* 2. Iason *in auth. vnde si parens, C. de inoffic. testam.* glossa *in l. patronus, ff. de prob.* Bart. *in l. ambitiosa, ff. de decret. ab ord. fac.* vbi ait, ideò *in d. l. viuus libertus*, admitti remunerationem in vita, quia libertus potest lucrari adhuc bona, vnde legitima patrono soluatur, & in vltima voluntate cessat ista ratio, ita refert Iason *in l. si non sortem, §. libertus. ff de condict. indeb. num.* 8. *effectu* 8. & *in l. ex hoc iure, ff. de iust. & iure*, 8. *effectu.*

Aduerte tamen ad vnum, quod est in hoc Regno Hispaniæ quotidianum, 41
quòd decisio dictæ legis *viuus libertus*, non habet locum in patre respectu filiorum, quibus legitima debetur, quia ex dispositione nostrarum legum pater non potest remunerare de bonis filiorum, sed de suis duntaxat. Bona enim parentis sunt bona filiorum, *auth. nouissima*, & *auth. vnde si parens, C. de inoffic. testam.* & sunt creditores paterni, *l. fin. C. de curatore furiosi*, & nostro iure sunt bona omnia parentum bona filiorum, de quibus pater nec viuens, nec moriens vltra quintum disponere potest. Vnde si vltra quintum pater donasset remunerando, iam remuneraret ex alieno, non ex proprio: tenet de iure communi expresse Ias. *in d. l. ex hoc iure, n.* 62. *vers. decimum effectum*, & *in auth. vnde si parens, C. de inoffic. testam.* idem resoluit Gregorius *in l.* 8. *tit.* 4. *part.* 5. *in glossa, verbo legitima*, & *in gloss. verbo, en vida*, & *in eadem l.* ipse Gregorius post Roder. Suarez, tenet patrem nec viuentem, nec morientem posse disponere, nisi de quinta bonorum, & vltra legem 28. *Tauri*, allegat dictam legem 8. vsque adeò, vt nec minutulas donationes possit facere, quæ magnam aut mediocrem donationem efficiant, non solùm rerum ipsarum, verùm etiam nec fructuum: vide ibi, & *consil.* 63. Socini, *lib.* 1. vt nec in rebus, nec in fructibus pater disponere possit vltra quintum, existentibus filiis legitimis: nostram conclusionem tenet etiam glossa, Fulgos. Paulus & Iason *in d. auth. vnde si parens*: tenet expresse Bald. *in l. 2. C. de inoffic. donat. oppos.* 4. quod dicta lex *viuus libertus*, non habeat locum in patre respectu filiorum, &

legitimæ ipsis debitæ : tenet hanc Baëza *de non meliorand.rat. dot. filiabus, c.* 17.*num.*3.Tellus *in l.*28.*Tauri* : tenet hanc Gutierrez *de iuramento confirmatorio*, 1.*part.c.*5. *num.*25. tenet Nauarrus relatus à Gutierrez vbi suprà, *n.* 26. *&* 27.& hæc est vera resolutio *ad d.l.viuus libertus.* Nec enim legitima patroni exæquatur legitimæ filiorum iure naturæ & ciuili debitæ, *l.nam & si parent. ff.de inoffic.testam.l.scripto, ff. vnde lib.l.cùm ratio*, *ff. de bonis damnat.*

Nec ad hanc quæstionem facit, quod scribit Ioan. Lupus *in repet. rubr.* §. 50.*num.*2.& Didacus de Segura *in l.cohæredi,* §. *cùm filia*, *ff. de vulg. fallentia* 16. nec quæ scripsit Castillo *in proœmio legum Tauri*, *verb. gratia*, & Mieres *de primogen.quæst.*22.1. *part. num.* 19. quia de his inferiùs nobis agendum est, cùm de filiis agemus ; in filiis alia iuris ratio sequenda est nostro iure, quomodo & quantum hæc donatio sustineatur intra, aut vltra legitimam ; & vtrum filij possint meritis mereri remunerationem à patre, *num.*43. modò id dicimus, patrem habentem filios legitimos, non posse remunerare extraneo vltra quintum, quia vltra eam quantitatem remuneraret ex filiorum substantia, non sua, *d.l.*8.*d.l.*28. Bart.Bald. Fulgos. Paulus, Socinus, Didacus, & Gregorius *vbi suprà*, cum aliis à me adductis.

42 Vnde in casu, quo donatio remuneratoria facta fuit extraneo, certè in præiudicium filiorum non sustinetur, nec iure cõmuni, nec nostro, nec dicta lex *viuus libertus*, habet locum in filiis & patre, ex his quæ à nobis adducta sunt. Quod si pater senior, aut rusticus, aut ignobilis ducat secundam vxorem nobiliorem, aut iuuenculam, eoque nomine remuneret ; certè apud nos filiis prioris matrimonij non præiudicabit, nisi in quinto, ad quod opportuna sunt superiùs adducta ex Didaco, & Gregorio, Nauarro, Baeza, Gutierrez, Tello, Bart.Bald.Fulgos.Paul. Iasone.

43 Decimò pro receptissima sententia facit textus expressus *in authent. de non eligendo secundo nubent.* ibi : *Plurimumque à filio experta fauorem existimauit oportere, ne relinqueret eum sine remuneratione.* Vbi Angel. ex textu notat antidoralem hanc obligationem reperiri inter patrem & filios, contra Lancellotum Politum *in l.filium quem habentem, C.famil.æ herciscund. vers. secunda conclusio*, & contra Pinellum *in d.l.*1.*C.de bonis maternis* 3 *part.n.*85. *versicul.infertur vndecimò*, qui existimabant, nullum esse officium tam pium, tamque humanum, quod filius non debeat parenti ; vnde remunerationem & meritum reiiciebat à patre & filio: sed meliùs Angelus sentiebat, & contra ipsos & pro Angelo est textus *in d.authent.*& *in l.de emancipatis, C.de legitim.hæred.* ibi: *Hoc à suis genitoribus meruerunt* : & *in l.cùm pater,* §.*rogo, ff.de legat.*2.ibi : *Rogo filia, vt bona tua quandoque distribuas filiis tuis, vt quisque de te meruerit.* Textus *in l.*1.§.*toties, ff.de collat.bonorum*, ibi : *Si etiam iudicium patris meruit*; & *in l. fœminæ, C. de secund.nupt.*ibi, *Contemplatione meritorum*: & contra Politum ita residendum est, & contra Pinellum, quòd etiamsi filius debeat parentibus omne officium & obsequium, quantùm ius ad pium, adhuc hæc officia dici possint merita, quæ remunerationem expectare possint, maximè si merita procedant ex artificio, aut exercitio impenso à filio, vel in patrem, vel in rem paternam : veluti si curator, si administrator, si aduocatus, si sutor, si faber lignarius, aut ferrarius, aut scriba, operas venales patri impendat. Textus *in l.pen.ff.de obseq.à lib.& libertis par. & patrono præst.* ibi: *Nam pietatem debent liberi parentibus, non operas*; ita Bald. Salyc.

Salyc. & Ias. *in l. si donatione, C. de collat.* Anton. Gomez *in l. 29. Tauri, n. 23.* Gutierrez *vbi suprà, part. 1. cap. 5. n. 5.* Ex his enim operibus cùm filius agere possit (intelligimus de emancipato) planè si pater non remuneret, expectare salarium poterit. Pone filium rem rusticam curare, lites in hoc Senatu paternas solicitare, negotia patris agere domi forisque, quæ extraneus non nisi magno pretio & salario fecisset, aliis in otio, aut scholis degentibus, videbatur posse remunerari; quòd si remuneratio desit, quod poterit salarium petere, quod tenebat Fulgos. *in l. illud, C. de collat.* sequitur Anton. Gomez *in l. 26. Taur. n. 24.* vbi quod sit hæc Fulgosij opinio æqua, tenet Didac. Perez *in l. 1. tit. 2. lib. . ordinam.* sed Iason *ibi, in d. l. illud,* tenet contra Fulgosium; dicit veriorem pro Iasone Baeza *de decima præstand. c. 2. n. 3. & 9.* licèt ipse ibi distinguat: tenet contra Fulgosium glossa *in l. 3. tit. 10. part. 2. verbo, que son suyos*; & hæ sunt duæ opiniones repugnantes: Gutier. verò *de iuram. confirm. part. 1. c. 5. n. 10.* distinguit ita, vt filius emancipatus possit petere salarium, secus verò filius in potestate: & licèt faciat magnum festum *d. l. fin. tit. 10. part. ead.* certè mihi illæ leges nimium genericè loquuntur; ego magis probo opinionem Nauarri in hac quæstione *in Manual. c. 17. n. 144.* vt quæstio decidatur ex voluntate aut præsumpta, aut probata: & in dubio sit præsumendum filium parenti hanc curam, hanc solicitudinem, has operas donasse, idque ex his quæ dicemus *n. 50.* nisi constet apertè de contraria voluntate filij, quæ voluntas constabit ex protestatione, *iuxta l. Nesennius, ff. de neg. gest.* & ex libro rationum, & ex declaratione animi per testes, iuxta ea quæ diximus de patre erga filios, *de expens. & meliorat. c. 4. num. 4. egregia l. qui pater, ff. famil. herciscund.* ibi: *Si non credendi animo pater fecisse fuerit comprobatus*; vbi Bartol. *egregia l. illud, C. de collat.* ibi: *Nisi huiusmodi legem donator tempore donationis suæ indulgentiæ imposuerit*: ex quibus verbis & Bart ibi aduerte, quòd protestatio debet fieri, item explicatio voluntatis tempore, quo seruitium aut operæ præstantur, quæ omnia sunt addenda Ayoræ *3. part. quæst. 3.* vbi hæc omnia omisit.

Modò ex dictis iuribus asserentibus merita filiorum erga parentes, contra Politum & Pinellum inferunt Scriptores, valere donationem remuneratoriam factam filio benemerito tanquam extraneo, Ias. qui plures refert *in d. l. ex hoc iure, 3. effect.* & Saisel. *effect. 3.* idem Ias. *in d. §. libertus, effect. 2.* Roland. *consil. 98. lib. 1. n. 44. & 4.* Palac. Rub. *d. §. 50.* Tiraq. *vbi sup. n. 10.* glossa, Bart. Bald. Angel. & Paul. *in auth. vnde si parens, C. de inoffic testam.* glossa, Bart. & Bald. *in l. si donatione, C. de collat. & in l. filium quem habentem, ff. famil. hercisc.* Castil. Hispan. *in procemio legum Tauri, verb. gratia,* Segura *in l. cohæredi, §. cùm filiæ, ff. de vulg. fallent. 16.* Didac. *in c. cùm in officiis, de testam. n. 11.* Gutier. *de iuram. confirm. lib. 1. c. 5. in princ.* & est receptissima sententia nostris & exteris. 44

Sed opportunè quæritur nostro iure Hispano, an si pater quatuor habens filios, vni eorum donet ob merita, an iuxta communem & receptam sententiam filius ille habeat ea bona donata tanquam extraneus, & an reputanda sint æs alienum, an verò computanda sint in legitimam, an in tertium, an in quintum, quid iure Hispano sit decidendum?

In quæstione autem proposita illud certum est, bona illa non esse æs alie- 45

C 2 num,

num, nec filium respectu eorum esse veluti extraneum, nec in hoc casu habere locum *l. viuus libertus*, *ff. si quid in fraud. patron.* quod resoluimus suprà cum Ias. Bald. Paul. Didaco, Greg. & reliquis quos adduximus *n.*41. & tenet expresse Aymon *cons.*165. ratio est, quia cùm *ex l.*28. *Taur.* & *l.*8. *tit.*4. *part.*5. & ibi Gregor. *verbo, en vida,* & Roder. Suar. ibi adducto, omnia bona præter quintum sint bona filiorum, iam remuneraret pater extraneum ex bonis filiorum, cùm donatio illa extraneo facta esse intelligatur, & alibi adnotauimus *ad leg.* 27. *Taur.* cùm autem bona illa nec sint æs alienum, nec donatio facta intelligatur filio tanquam extraneo, nec si extraneo fieret, filiis noceret in legitima; cumque nec in hoc casu habeat locum dicta lex *viuus libertus*, videndum est, quatenus nostro iure illa donatio facta filio respectu reliquorum filiorum sustineatur, quod nec Didac. dixit, nec Greg. scripsit, cùm tamen verissimè dicant in hoc casu non esse locum dictæ legi *viuus libertus*.

46 Ego verò considero nostro iure maximam esse differentiam inter simplicem donationem, & donationem ob causam; namque illa simplex non confertur, & valet in tertio & quinto, præcipuè *l.* 26. *Taur.* l.20. *tit.*6. *lib.*3. *recop.* donatio ob causam confertur, *l.*29. *Taur. l.*3. *tit.*8. *lib.* 5. *recop.* Ita illa duo iura conciliant Hispani Scriptores *in d.l.*29. Cifuent. *n.*1. Lupus *n.*7. Anton. *n.* 29. Tel. *n.*2. & 4. Auend. *n.*3. Greg. *in l.*3. *verbo en su parte, tit.*4. *part.*6. & *in l.*3 *verb. no querria, tit.*5. *part.*6. Suar. *in l. quoniam in prioribus, C. de inoffic. testam. q.* 5. *post limitationes,* Didac. *in c. Raynaldus*, §.2. *num.* 8. Suarez iterum *vbi sup. in declaratione legum Regni*, *q.*5. *n.* 19. Bernard. Diaz de Lugo *reg.* 140. Gutier. *quæst. pract. ciuil.* 64. *num.*3. Auend. *respons.* 17. *num.*3. Matienz. *in l.* 3. *tit.*8. *lib.*5. *glos.*2. *n.*1. & hæc differentia reincidit in antiquiorem, quæ dicebat donationem simplicem imputari, donationem verò ob causam conferri: & erat difficilis, *ex l. illud, C. de collat.* ibi: *hæc autem regula, vt omnia quæ imputantur, etiam conferantur, minimè è contrario tenebit*: & hanc tenebat Suarez vbi suprà *d. num.* 9.

Intelligere tamen oportet in casu dictæ legis 29. & *l.*3. *tit.*8. *lib.*5. *recopil.* donationem ob causam sustineri in legitima, & deinde in tertio & quinto, si is, qui donatione accepit, ea contentus nihil amplius velit de bonis mortui parentis; tunc rectè collatis bonis, fit diuisio, donatioque illa ob causam sustinetur in legitima, & deinde in tertio & quinto, & ita intelligitur ipsamet lex 29. verbis expressis, ita vt inofficiosa sit, si legitimam excedat, & insuper tertium & quintum, ac tunc fit imputatio, sine qua constare non potest, an sit inofficiosa; si verò ea donatione contentus non sit, tunc quidem omnia confert, & procedit dicta lex *illud*, vt nihil curandum sit de imputatione; & sunt aperta verba dictæ legis 29. *in principio.*

74 Intellige etiam vnum, quod est necessarium *in d.l.*29. *Tauri*, & deducitur ex verbis illius legis, ibi: *A traer à collacion y particion la dote y donacion propter nuptias*; sequitur *e las otras donaciones que ouier en recebido*: vt hæc verba non solùm referantur ad donationes ob causam, & non ad donationes simplices; quæ fuit sententia Scriptorum Hispanorum, de qua hoc *num.* 47. sed etiam referantur ad donationem ob causam, non quamcunque, sed necessariam, saltem (meâ sententiâ) necessitate impulsiua decente, & conueniente;

niente, vt est donatio ob dotem, quæ est necessariò compulsiva, donatio propter nuptias hodie non solùm libera, verùm nec iure cognita nostro: denique causa debet esse necessaria necessitate vel legis, vt dos; vel naturâ, vt datum ad alimenta; vel honestate, vt militia; vel quia conueniat, vt datum vt in matrimonium eatur. Ita intelligo verba, *y las otras*, quæ sunt verba repetitiua similium Glossa *in auth. si fugitiui, C. de seruis fugitiuis.* Leges enim quæ loquuntur de imputanda donatione in legitimam, loquuntur de donatione ob causam, non quamcunque, sed de causa simili illis expressis *in d.l.29.*

In quo laborabat Ripa *in l.in quartam, ff. ad legem falcid. n.*158. Bereng. 3. *part. art.*3. Ruinus *num.*13. Corras. *in l. filium quem habentem, C. fam. hercisc.* Menchac. *de succ. creat.* §.30. *num.*268. omnes quærunt quæ causa illa sit, quæ faciat donationem ob causam non simplicem, vt conferatur; & inclinant in causam necessariam & efficacem ad agendum: sed si ita intelligas nostro iure verba legis 29. ibi, *e las otras donationes*, planè erunt sine sensu, quia hodie iam nulla donatio ob causam, præter dotalem, habet eam necessitatem præcisam. Similia verba sunt *in auth. ex ea ratione*, quam superiùs adduximus, quia scilicet non debet pater remunerare de bonis filiis debitis, quia iam remuneraret ex alieno, & quia pater quantumvis donet remunerando, semper meminisse debet esse suam substantiam filiis suis debitam; quod latè fundauimus suprà. Et licèt ad hoc, vt donatio dicatur remuneratoria, dixerimus non esse necesse, vt merita sint obligatoria ad agendum efficaciter, *ex iuribus suprà adductis, d.l. Aquil. regul. l. metum, §. sed licèt, d.l. sed etsi lege, §. consl. idemque, §. fin. cum l. seq. & l. si verò non remuner. d. l. quod autem, §. si vir, d.c. per tuas, d. l. etiam, §. ex præt. d. l. cùm Nauarc.* quæ sunt iura expressa contra Guilel. de Cun. & Baldum, & Pinel. in materia tamen collationis & imputationis tenemus necessariam esse causam, aut compulsiuam, aut certè multùm impulsiuam, vel lege, vel naturâ, vel honestate, vel more, vel consuetudine, contra Bereng. Corrasium, Corneum, Ripam, Didacum, Tell. vt suprà latè diximus. 48

Vnde donatio facta filio, quia patrem amauerit, coluerit obsequens & obediens, quod pertinet ad collationem & imputationem, certè simplex est donatio, & habebitur præcipua; & quidem est remuneratoria, vt distinguatur ab ea donatione, quæ liberalis est: sed quod pertinet ad imputationem, aut collationem, iuxta ea quæ diximus *num.*47. *isto c.* certè est donatio simplex, & habetur præcipua: & ita intelligo Ioan. Lup. & Paul. Vnde plurimùm aduertendum est in casu legis 29. ad causam, an sit necessaria, an verò libera: inde inferes ad donationem librorum & expensarum pro addiscenda aliqua facultate, de quo nos *de expensis & meliorat. c.* 3. *n.* 6. inde ad donationem clerico factam ad titulum patrimonij, de qua Did. *in c. Raynaldus, §.* 1. *num.*7. Gomez. *in d. l.*29. *num.*21. *vers. subinfero*, Auend. *resp.* 17. Auend. alter *in d. l.*29. *n.*8. & Tellus *n.*16. Menchaca *de succ. creat.* §.30. *n.*116. quam ego credo vel conferendam, si filius vti hæres ad paternam hæreditatem accedat; vel imputandam in legitimam, si se abstineat, & residuum sustineri in tertio & quinto, iuxta ea quæ diximus *num.* 47. & in hoc probo opinionem Didaci & Auendañij, contra Tellum, & Antonium Gomezium, quam tenet & fundat

Ayora *de partit.bonor.2.part.q.3.per totam*,vbi vide ; & vide de quæstione ad vtramque partem,*gl.18.principali,de melioratione,num.65.* & in tota illa glossa plura de donationibus conferendis,vel non : & latè disputat Gutierrez *quæst. pract. ciuili 65. per totam* , vbi videre poteris.

49 Adde tamen,quòd etiamsi donatio sit simplex (iam enim reuertimur ad nostram de meritis disputationem) si tamen probantur merita , donat o dicetur remuneratoria, idque etiam in prohibitis,gloss.loquens de patre & filio,quam sequuntur Bart. & Alex. ibi,*in l.si donatione,C.de collat.* Bartol. *in l.si tibi decem,§.si pactus,ff.de pactis*, Bartol.*in l.1.§.nec Castrense,ff.de collat.* Bartol. *in tractat. de duobus fratribus,quæst. penult.* Bald.*in l.etsi mortis, C.ad legem Falcidiam*,& *in l.1.C.de confess.& in l.cùm virum, C.de fideicommiss.* Socinus *in l. si non sortem,§. libertus, ff. de condict. indebiti*, Ias. *in l. ex hoc iure, ff. de iust. & iure,in secundo effectu*, Fortunius *in l. iurisgentium* , *§.qui iure,versicul. ego verò de tali,ff.de pact.* ita vt ex eorundem authorum,quos retulimus,sententia non sit de ea dubitandum, quam tamen intellige, nisi cum benemeritis reperiatur quoque affectio filiationis & sanguinis, quia tunc præualet causa naturalis, Romanus*singul.648.* Paulus de Castro *consil.345. lib.1.* & *consil.371. eodem lib.*Socin.*cons.91. lib.1.* Decius *in cap.quoniam Abbas, de officio delegati, l. à patre, C.de collation.* Vnde si spurius reperiatur institutus,vel reperiatur donatio ei facta à patre , magis præualet affectio naturalis , quàm meritum : & ita intelligunt Imola, Cumanus, Paulus, Aretin. & Iason *in l. quod dicitur,ff. de verbor. oblig.* vbi stipulatio facta à patre filio benemerenti, magis censetur facta amore paterno, etiamsi pater exprimat se facere propter meritum : tenent Baldus, Fulgosius & Iason *in l.si tibi decem, §.si pactus, ff. de pactis.* Inde dixit Decius *consil.10.* quod si quidpiam relinquatur consanguineo pauperi, non est relictum pium : igitur nec etiamsi ex testamento,*C.de collat.* ibi : *Dotis & aliorum datorum :* quod nota ad Tellum *in d. l. 29.* qui accipit ea verba strictè & efficaciter , & reuerà accipiendo illa verba , *e las otras donaciones*, scilicet ob causam necessariam & efficacem, remanent sine sensu , quia nec ipsa donatio propter nuptias est hodie necessaria, nec agnoscitur.

50 Quid autem fuerit donatio propter nuptias, vide Gomez *in l.50. Taur n.9.* quid lege partitarum,vide *l.87.tit.18.p.4.& l.1.tit.11.p.ead.*& vtrobique Gregor.Didac. *in 4.part.2.c.3. §.7. n.10.* Palacios Rub. *in rubric. §.12.n.1.* Suar. *in l.1. titulo de las arras , n. 2.* Ex quibus constat hodie nec esse vllam donationem propter nuptias , nec aliam ei similem. Vnde quidquid obstinatè teneat Tellus *in d.l.29. Tauri,* & *in l.17.num.78.* & *in l.22.* certè verba illa, *E las otras donaciones* , ne remaneant sine sensu , intelligenda sunt meo iudicio, aut de donatione dotis, aut de donationibus similibus ob causam necessariam naturâ, honestate, more & consuetudine patriæ, in quibus non reperitur mera liberalitas , etiamsi non reperiatur præcisa & legalis coactio. Lex enim , quæ coniunxit & apposuit sub vna & eadem decisione donationem dotis , & donationem propter nuptias iam ignotam, saltem non obseruatam, & deinde addit, *e las otras*, intelligenda est de aliis ob causam necessariam naturâ , honestate, more, & consuetudine, vbi non adest mera liberalitas, licèt nec coactio præcisa : alij iudicent, hæc mea sententia est *ad d.l. 29.* Ratio est horum omnium.

omnium, quia pater hæc donando non verſatur in mera liberalitate, ideò dare videtur in legitimam; hanc rationem agnoſcunt Ripa, Corraſ. Berengar. & Ruinus *vbi ſuprà*, & Suarez & Menchac. *de ſucceſſion. creat.* §. 30. *num.* 268. & quamuis Auendan. *in d.l.* 29. *Tauri*, *gloſſ.* 3. *num.* 4. velit recedere à communi ſententia, certè meo iudicio immeritò; quia ſi cum iudicio eius verba expendas, confundit caſus dictæ legis 29. & licèt alleget pro ſe & pro ſua illa ſententia Ioannem Lupum de Palat. Rub. *in repet. cap. per veſtras, de donat. inter virum & vxorem*, 3. *notab.* §. 22. *num.* 10. & 11. meliùs Gutier. illum reprobat, *quæſtion. pract. ciuil.* 64. *lib.* 2. *num.* 1. & 2. ſed ſi cum iudicio expendantur verba Ioannis Lupi, magis probant receptam ſententiam Hiſpanorum ſcriptorum *ad d. l.* 29. & *ad l.*26. *Taurinas*, vt altera in donatione ſimplici præcipua intelligatur, altera verò in donatione ob cauſam conferenda quo diximus modo. Ait enim ipſe Ioan. Lupus his verbis: *Dando ergo dotem magnam videtur filium meliorare in quinta & tertia bonorum vltra legitimam*: nota verbum illud, *vltra legitimam*; ita vt ex mente Ioan. Lupi priùs de legitima fiat & ineatur ratio, poſtea verò de tertio & quinto: & eſt ſenſus iuxta verba ipſius legis 29. *in* 2. *part.* & ita ſunt intelligenda verba Ioan. Lupi, *n.*12. & 13. quatenus allegat dictas leges 26. & 29.

Sit igitur veriſſimum ex interpretatione ſcriptorum noſtrorum, legem 26. Tauri, intelligendam eſſe de donatione ſimplici, quæ præcipua eſt, & ad tertium & quintum pertinet: at verò legem 29. intelligendam eſſe de donatione ob cauſam quæ legitimam primò tangit, & confertur ab eo, qui ea donatione à patre ſibi facta contentus eſſe nequit; at verò imputatur in legitimam, & deinde in tertio & quinto, ab eo qui ea contentus donatione, nihil amplius curat de bonis paternis.

Sit item veriſſimum, quidquid Berengarius, Ripa, Ruinus, & Coraſ. dicant *vbi ſuprà*, quicquid ſcripſerit Tel. *in d.l.* 29. *Tauri*, Paul. *in l.vt liberis*, *n.*10. *C. de collat.* & Decius *in auth. ex teſtam. C. eod.* Didac. *in c. Raynald.* §. 2. *n.*7. *de teſtam.* & Menchac. *vbi ſup.* de cauſa neceſſaria & efficaci requiſita ad hoc, vt in materia collationis donatio dici poſſit ob cauſam, quæ ſi non ſit donatio ob cauſam, ſed ſimplex, quæ non habeat neceſſariam & efficacem cauſam, quod in hac materia collationis ſufficit, quòd cauſa ſit neceſſaria neceſſitate vel naturæ, vel honeſtatis, vel moris, vel conſuetudinis vt diximus: quia hæc neceſſitas, quamuis non ſit coactiua, ſatis ſuperque cogit, ne videatur donans liberaliter donaſſe: & facit textus *in l. omni modo*, §. *imputari*, *C. de inoffic. teſtam.* vbi militia filio imputatur in legitimam, & tamen nulla neceſſitate pater tenetur emere filio militiam; & ita nouiſſimè contra Tellum tentauit Angulo *de meliorat. in d.l.* 29 *gl.*4. *n.*17. & in hoc inclinat Menoch. *de ſucceſſ. creat.* §. 22. *n.*45. & Gutier. *tract. quæſt. ciuil. c.* 5. *lib.* 2. vbi diſputat quæſtionem illam, vtrum datum, vel donatum à patre filio ad titulum patrimonij, vt ſacros Ordines ſuſcipiat, imputatur ipſi in legitimam; & nos referimus alios inferiùs ad propoſitum huius diſputationis, an cauſa debeat eſſe compulſiua; & quamuis donatio ob merita non ſit ſimplex donatio reſpectu meræ liberalitatis, vt ſuprà ſatis probauimus in principio, *iſto capite*, imò dicitur donatio ob cauſam, quæ fit ob merita, & ita aſſerit, & tenet Faber, & Platea, & Aretius *in* §. *ſunt præterea*, *verſic. idem eſt ſi quis*, *num.* 8. *Inſtit. de action.* idem Iaſon

in l.

in l. inter eos, versic. limita, ff. de re iud. & *in cons.* 118. *lib.* 4. Decius *in l. Diuus, ff. de regul. iur. versic. & ista regula.* Cùm ergo ista donatio remuneratoria, de qua agimus, sit de sui natura donatio ob causam, ex recepta sententia, & non simplex, videbatur planè dicendum ex decisione dictæ legis 29. hanc donationem debere imputari in legitimam filij donatarij, & residuum sustineri in tertio & quinto, si filius eâ contentus sit, nec ampliùs velit de hæreditate paterna: aut si velit accedere ad patris hæreditatem vti hæres, debere hanc donationem conferre, iuxta dictam legem 29. *in princ.* contrarium tenebat Palac. Rub. *in d. l.* 29. *num.* 10. relato Paul. de Castro *consil.* 121. quod tamen mihi est difficile, vt vltra quintum donatio concipiatur simpliciter; sustinetur tamen vt remuneratoria probatis meritis, nisi probetur causa affectionis naturalis.

51 Aduerte etiam, quia donatio quantumcunque remuneratoria, in eo quod excedit merita, est simplex, & merè liberalis, textus *in c. relatum, de testam.* ibi: iuxta seruitij meritum, Ias. *in d. l. ex hoc iure, ff. de iustitia & iure, primo effectu,* & *in auth. vnde si parens, de inoffic. testam.* Alciatus *in l. alienatum, §. donationis, de verb. signif.* Angelus *in l. sed & si lege, §. consuluit, ff. de petit. hæred.* Angelus, Imola, & Rom. *in l. Aquilius, ff. de donat.* plures adducit more suo Tiraquellus *vbi suprà, num.* 8. & est æquissima opinio plena ratione & æquitate, vt merita & præmia exæquentur.

Sed & illud variè deciditur, quando dicatur remuneratoria excedere meritum, cùm soleant agri fertiles multò plus afferre, quàm acceperint: quia cùm agimus de remuneratione, facienda est lata interpretatio, Decius *in c. fin. de const.* & *cons.* 169. & *cons.* 193. & *cons.* 413. & *cons.* 614. Cumanus *cons.* 162. Gozadinus *cons.* 8. *n.* 22. Hispanus Loazes *in repet. l. filiusfamilias, §. Diui, ff. de legat.* 3. *vers. non obstat.*

Ideò Bald. & Salycet. *in auth. ex testamento, C. de collat.* hic verò *in l. petens, C. de pactis, q.* 4. aiunt sufficere, vt merita non sint infra dimidiam rei donatæ; & contra hos resoluit Ias. *in d. l. petens*, & ibi Decius, & idem Iason *in d. l. ex hoc iure, in primo effectu,* & *in auth. vnde si parens, C. de inoffic. testam.* & *in l. frater à fratre, ff. de cond. indeb.* Alex. *in l. si donat. C. de collat.* Bertrandus *cons.* 5. *in* 1. *dubio*, tenent hi id censeri gratuitum, quod excedit meritum: puto tamen hoc pendere ex arbitrio iudicis, qui de meritis & remuneratione cognoscit ex qualitate personarum, an nobilis, an ignobilis, an diues, an verò pauper: iura etiam admittet, an scilicet donans sit pauper, qui filios habeat, quos defraudare æquum non sit; omnia considerari oportet, ex Tiraquello vbi suprà *n.* 85. & 86. vbi videre poteris ampliùs si velis, & casus sese obtulerit.

52 De probatione autem meritorum, & an credendum sit de meritis ei, qui dicit sese remunerasse ob merita, & merita specificauerit, etiam cum iuramento, tene partem negatiuam, si sit de prohibitis, quod nos latissimè resoluimus in nostro tractatu *de Hispan. nobilit. & exempt. gl.* 2. *num.* 17. & latissimè Tiraquellus *d. verb. donatione largitus, num.* 87. & *seq.* vbi *n.* 91. agit de iuramento meritorum, & ibi latè distinguit inter specificam meritorum relationem, & generalem, & inter prohibitos alienare, & donare in præiudicium,

vel

vel non prohibitos; & nos agimus de Principe asserente de meritis, quatenus sit ei credendum, *in d. gl. 2. n. 17.*

Item nota non esse iudicanda merita ea, quæ fiunt vel officio pietatis, vel iuris, vel naturæ imperio, & vi, & potestate, vt in filio, vassallo, vxore, famulo, & amico sæpè experimur; itemque in seruo & liberto, discipulo, quæ 54
considerat Ripa *in d. l. si vnquam, C. de reuocand. don. quæst. & lib. 3. responsorum, c. 13.* Cùm enim officia necessariò exhibentur, non possunt hæc officia vllo modo pertinere ad meritorum rationem, cùm in necessitatibus nemo vnquam liberalis existat, *l. rem legatam, ff. de adimend. legatis.* Textus *in l. si seruo, ff. de hæred. instit. l. proximè, ff. de ritu nuptiarum,* ibi: *Magis debitam libertatem præstitit, quàm vllum beneficium in mulierem contulit: quo nomine nec libertus obsequia præstando, nec vassallus fidelis pro domino moriendo, nec filius pro patre elaborando, nec vxor maritum colendo quicquam faciunt, nisi aliud grauius & maius intercedat, quod ad meritum pertinere videatur.* Ob idque *in tractatu nostro de Nobilit. gl. 2. num. 33.* per plures numeros diximus, quantùm teneantur subditi mori pro Rege nostro, vbi *n. 29.* Regis oppressionem detestamur, & obligationem adducimus ciuium, vt Regi subueniant, & eum liberent à tyrannide, nullum præmium expectantes ex eo officio, ad quod legis, & iuris imperio tenentur inuiti, & renitentes: ibi vide opportuna ad hanc rem, quam tractamus.

TRACTATVS II.

De Tacito Fideicommisso.

Notabilia.

1 *Tacitum fideicommissum qui ex nostris explicent.*
2 *Tacitum fideicommissum vnde sit dictum.*
3 *Obscuritas testamenti non purgat vitium tacitæ fidei.*
4 *Fideicommitti, & fideicommissum verba vnde.*
5 *Verba, quæ non pertinent ad fidem, non pertinent ad fideicommissum.*
6 *Verba legis* 13. tit. 7. part. 6. in poridad, *explicantur.*
7 *Notatur opinio Greg. Lop.* in d. l. 13.
8 *Obscuritas personæ in testamento, secuta restitutione facta incapaci, probat tacitum fideicommissum.*
9 *Regula, quod expressum facit cessare tacitum, an habeat locum in nostro casu.*
10 *Instituto capace hærede, & eo palàm rogato de restituendo incapaci, non est locus fisco.*
11 *Quod intelligitur, nisi sequatur restitutio.*
12 *Restitutio cum obscuritate testamenti inducit tacitum fideicommissum, si fiat incapaci.*
13 *Restitutio facta incapaci præcedente clausula in testamento, vt fiat restitutio*

tutio cui velit, an pertineat ad tacitum fideicommissum.
14 *Sine restitutione semper est necessaria accommodatio tacitæ fidei.*
15 *Explicatur lex* 13. tit.7. part.6. verbo en poridad.
16 *Ex confessione hæredis scripti inducitur tacitum fideicommissum.*
17 *Limitatur hoc de confessione hæredis.*
18 *Confessio de sui natura solet sibi nocere.*
19 *Confessio debitoris non nocet creditori hypothecario.*
20 *Confessio maris & fœminæ asserentium matrimonium non nocet aliis.*
21 *Confessio solius mariti de dote recepta non nocet creditoribus.*
22 *Agitur de lege* hæreditas,C. de his quibus vt indignis.
23 *Dicta lex* hæreditas,*continet dispositionem, non probationem delicti.*
24 *An accommodatio tacitæ fidei probetur coniecturis.*
25 *Ad probandum delictum necessaria est aperta probatio*, & n. 26. & 27. *adducuntur aliquot coniecturæ.*
28 *An maioratus institutus post accommodationem tacitæ fidei valeat.*
29 *Delictum accommodantis fidem, an extendatur ad legata, & fideicommissa particularia.*
30 *Verisimilitudo est cognata naturæ.*
31 *Quod non consonat naturæ & rationi, non consonat iuri.*
32 *Hæreditas quæ transit ad fiscum, transit cum onere legatorum, & fideicommissorum.*
33 *Pœna non egreditur suos authores.*
34 *Resoluitur quòd talis maioratus non valet in fraudem fisci.*
35 *Differentia inter fideicommissa particularia, & vniuersalia.*
36 *Intellectus* ad l.3. C.ad leg. Falcid.
37 *Intellectus* ad l. Marcellus, §. fin. ff. ad Trebellianum.
38 *An in conscientia, & animæ iudicio sit tutus, qui accommodauit tacitam fidem.*
39 *Traditur resolutio quæstionis contra Baldum.*
40 *Inuentio testamentorum quo iure.*
41 *Traditur differentia inter indignum, & incapacem.*
42 *Fiscus Ecclesiasticus & secularis quomodo admittantur.*
43 *Agitur de capite* 2. de successionibus ab intestato.
44 *Quæ onera agnoscat fiscus.*

RES est in foro quotidie assiduâ disceptatione controuersa, & variè de fideicommisso tacito quæstio disputata, nec vlla hactenus satis firma ratione decisa, cùm habeat sua particularia iura, quæ luce indigent, & interpretationem aliquam suo quodam iure postulant. Multa autem de fideicommisso tacito multi scripserunt, sed quæ lucem aliquam desiderent: multa Anton. Gomez *in l.9. Taur.* multa Gregor. noster *in l.3. tit.7. part.6.* Didacus, & Simanc. aliqua, hic *de hæreticis, c.9.* ille *in 4. part. 2. cap.6.* §.8. quæ tamen redigenda sunt in ordinem, vt dilucidiùs constent sibi.

Et primùm fideicommissum hoc vocatum est tacitum, cùm nihil minùs tacitum dici possit; ex eo autem tacitum dictum est, vt inquit glossa *in l. cùm tacitum*,

tacitum, ff. de probation. verb. tacitum, quia timor eſt, ſi palàm relinquatur, non capiendi, ob idque dicitur tacitum, quia palàm non relinquitur.

In hac autem re dicitur tacitum, quia palam non relinquitur, hoc eſt, quia in teſtamento ſciri non poteſt, cùm teſtamentum recitatum eſt, textus *in l. 3. ff. de his quibus vt indign. l. ita fidei hæredis, ff. de iure fiſci*, ibi: *Non eſt enim palàm relinquere, quod ex teſtamento ſciri non poteſt, cùm recitatum eſt:* textus *in l. 3. ff. eodem*, ibi: *Non intelligitur fraudem legi feciſſe, qui rogatus eſt palàm reſtituere.* Et rurſum ibi: *Iulianus reſpondit, non quidem apparere quid ab hæredibus ex huiuſmodi verbis petitum eſt.* Et cùm multa tradiderit Paul. de acceptione huius nominis, *palàm, in l. hæredes palàm, ff. de teſtam.* vbi latè videre poteris: in hac autem re verbum, *palàm*, id eſt, quod apparet in teſtamento, cùm recitatur; tacitum autem, quod ex teſtamento non apparet. 2

Denique obſcuritas teſtamenti circa perſonam, etiamſi reſtitutio poſtulata palàm & apertè ſit, non dicitur, nec intelligitur purgare vitium fideicommiſſi taciti; nihil enim proderit teſtatori, ſi in teſtamento poſtulet reſtitutionem, ſi ex ipſo teſtamento non intelligatur palàm cui reſtitutio ſit facienda: textus *in d. l. ita, 40. ff. de iure fiſci*, ibi: *Fundum Titio des, de quo te rogaui*; & ibi: *Rogo vos hæredes meos in eo quod à vobis petij, fidem præſtetis.* In hoc enim fideicommiſſo poſteriore obſcura ſunt omnia, in priori verò, quoniam Titio rogatus eſt hæres reſtituere, nomen pluribus commune obſcuritatem fecit; ideò ipſa reſtitutio poſtea facta Titio incapaci locum quoque fecit fiſco: ideò meritò diximus, quòd obſcuritas teſtamenti facit coniecturam, & præſtat hoc nomen fideicommiſſo, vt tacitum vocetur, quoniam palàm non eſt recitatum in teſtamento, ſed tacitè extra teſtamentum: quodque dicimus de teſtamento, intelligimus de codicillis: textus expreſſus *in l. in tacitis, ff. de legat.* 1. ibi: *Quoties quis nec teſtamento, nec codicillis rogatur*, vbi gl. *verb. rogatur*, & Scriptores. 3

Fideicommiſſum autem vocatum eſt, quia modo & eiſdem verbis concipitur, quibus ſolent ſolemnia & legitima fideicommiſſa concipi. In ſola enim fide hæredis poſita ſunt, pudorque hæredis eſt, ſi fidem conceptam & ſperatam fallat: textus *in §. fin. Inſtit. de ſing. reb. per fideicommiſſ. relict.* Vnde & Paul. *lib. 4. ſententiarum* ait, non inducere propriè fideicommiſſum ea verba, quæ omninò nihil pertineant ad fidem conceptam, & ſperatam à teſtatore fideicommittente. Hæc autem verba ipſe Paul. enumerat, inter quæ ſunt verba *iubeo, mando, præcipio, volo*, niſi his quoque iunctum ſit *fidei* verbum, vt *tuæ mando fidei.* Verba autem precaria, qualia *rogo, peto, cupio, deprecor, deſidero, opto*, fideicommiſſum inducere, quia meram fidem ſequuntur hæredis ſcripti, cui directa ſunt. Quoniam autem hæc diſpoſitio, de qua nos agimus, his ipſis verbis concipitur, idque plerumque euenit, fideicommiſſum meritò appellatum eſt; tacitum autem, quoniam extra teſtamentum & codicillos: ideoque palàm fieri non dicitur. Denique noſtro iure eſt textus expreſſus *in d. l. 3. tit. 7. p. 6.* ibi: *La ſexta razones, quando el teſtador rogaſſe al heredero en poridad*: vbi verbum illud, *en poridad*, intelligendum eſt, ſcilicet extra teſtamentum, aut codicillos. 4

D 2 Vnde

Vnde verissimum arbitror, quod ibi verbo, *en poridad*, notat Gregor. Lupus, quod licet accommodatio tacitæ fidei fiat in publico instrumento in quo adsint testatoris preces, & fiat solemne instrumentum de precibus & promissione, adhibitis ad hoc testibus coram publico tabellione, ait Gregor. quòd si testes & tabellio rogantur de secreto seruando, scilicet ne detegant, aut publicent hoc, quod gestum est, quòd talis accommodatio fidei, quæ verè non est tacita, sed expressa, & publica, & notoriè solemnis, facit locum fisco, & allegat ad hoc Bartol. *in d. l. non intelligitur*, §. *tacitè, eodem :* idque asserit ipse ex Bart. propter secretum postulatum, & desideratum à contrahentibus.

7 Ego verò ex regula dictæ legis *ita fidei*, & dictæ legis 3. & legis *non intelligitur*, *ff. de iure fisci*, & glossa *in d. l. cùm tacitum*, & scribentium omnium ibi, & *d.l.in tacitis*, etiamsi aliàs nullum secretum postulatum sit, si nec in testamento, nec in codicillis fiat mentio de restitutione illa facienda, quo casu cùm in recitatione testamenti nihil reperiatur palam, hoc est, in testamento dispositum, tacitum factum esse intelligimus, & locus est dispositioni de tacito, licèt seorsum vel chirographo, vel cautione interposita, vel instrumento publico edito & confecto super ea restitutione preces testatoris, & accommodatio fidei tacitæ hæredis grauati scriptæ reperiantur in fauorem incapacis; ideò locum esse aio fisco etiamsi de chirographo occultando omninò nihil sit inter eos actum, quoniam prædicta iura non solum exigunt, quòd hæc de qua agimus, restitutio omninò extra testamentum, aut codicillos rogata, & postulata sit, *d.l.in tacitis*, cum legibus supra adductis; atque hoc modo existimo interpretandos Bartolum, & Gregor. qui eum sequitur; & captatio secreti non est necessaria, etiamsi multùm iuuet.

8 Hinc est vt obscuritas personæ, cui hæc ipsa restitutio sit facienda, si obscuritas contingat in testamento, inducat præsumptionem tacitæ fidei accommodatæ, ex glossa & Bart. *in l. Lucius*, §. *in testamento*, *ff. de legat.* 1. vbi bonus textus: idem Bart. *in l. cohæredi*, *ff. de rebus dub.* per textum ibi: cuius ea vtilitas est, vt ex hac obscuritate secutâ postea restitutione incapaci, inducatur vera probatio tacitæ fidei accommodatæ, ex superius adductis, pro qua sententia est textus expressus *in d.l. ita*, & *d. l. non intelligitur*, & *d.* §. *in testamento*, & *d.l. qua hæredi*: quia obscuritas testamenti, scilicet, *restitue hæreditatem meam ei, quem dixi*: vel *fac de bonis meis quod iussi*; vel, *dispone de bonis iuxta ea quæ, à nobis dicta sunt*, *aut sicuti inter nos est conuentum, & actum*; secutâ posteà restitutione facta incapaci, nullam relinquit dubitationem ad inducendam tacitam fidem vt locus fiat fisco: omnia autem descendunt ex eo quod diximus suprà; quia illud in hac re quam tractamus, tacitum est, quod non inuenitur in testamento cum recitatur, etiamsi aliàs sit expressum, vel comprobatum testibus, vel chirographo, vel publico instrumento.

Vnde puerilis est illa allegatio, & sine effectu, quæ passim solet obiici,
9 scilicet vocationem facere cessare tacitum. Sæpè enim testator rogat restitutionem, idque tacitè in fauorem incapacis; deinde eâ præmissâ longam in testamento addit vocationem, sæpeque perpetuum & simplex fideicommissum

missum constituit, de quo agemus inferius; tunc in promptu est quærere an liceat, & quid, quantumve prosit: & contra fiscum opponuntur vocati ex testamento, hisque statim in ore est ea allegatio, scilicet quòd expressè sint vocati; at verò incapax obscurè, tacitè & secretò, ac subindè inferunt, quòd in fideicommissis expressum faciat cessare tacitum, ex Bald. Paul. Alex. & Ias. per textum ibi *in l. cùm ex filio impuberi, ff. de vulg.* & *in l. si ita, ff. de liberis & posthum. & in l. clemens patronus, ff. de hæred. instit.* & quia substitutus præfertur coniuncto, qui venit per ius accrescendi, quia hic tacitè, ille expressè vocatur, *l. 1. §. si duo, ff. de bon. poss. secund. tab. l. vna, §. pro secundo, C. de caducis tollend. l. à Titio, §. Iulianus, ff. de legat.* 2. vbi quod ius accrescendi venit ex tacita voluntate, substitutio autem ex expressa, quia secunda institutio est, ideoque adest in substitutione expressa voluntas; & quia est expressa voluntas, facit cessare tacitam voluntatem ex iuris expressa decisione, Bald. *in l. quidam eulogium, C. de iure deliberand. l. qui plures, §. itaque, l. ex facto, §. idem quæro, ff. de vulgari*, Baldus, & Decius *in l. in testamento, C. de impub. & aliis*, & in hoc argumento versantur Aymon Craueta *cons.* 92. *n.* 3. Socinus *consil.* 30. *n.* 36. *vol.* III. Cumanus *consil.* 118. & licèt hoc ita se habeat, vt in plerisque iuris partibus expressum faciat cessare tacitum, hæc verò allegatio applicata ad casum, de quo agimus, est planè puerilis, & inanis, quia vtraque vocatio est expressa, & patet ex expressa & clara voce testatoris: sed quia altera extra testamentum est facta, meritò ex iuribus adductis vocata est tacita, de qua infrà nobis agendum est, nunc verò illud dixisse sat sit, non dici tacitum fideicommissum, nisi quia palam, hoc est, in testamento non est ea restitutio postulata, vel in codicillis petita; non verò dicitur tacitum ex defectu expressæ voluntatis, quia quod attinet ad tacitum fideicommissum, expressam quoque exigimus morientis voluntatem, sed tamen extra testamentum, aut codicillos.

Inde etiam fit, vt instituto capace hærede, eoque palàm rogato vt incapaci restituat hæreditatem, si fides non accommodatur, nullum delictum hæredis est; quia palàm, hoc est, in testamento rogatus inuenitur, non tacitè extra testamentum, aut codicillos; & remanet hæreditas penes scriptum hæredem, quasi purè relicta, *l. 3. §. si quis palam, ff. de iur. fisci, l. in tacitis, ff. de leg. 1. l. Lucius, §. in testamento, ff. eodem*: quod extende etiamsi & palàm, & tacitè simul rogatus sit restituere hæreditatem; tunc enim non accommodata fide, nihil omninò peccat hæres, *ex d. §. in testamento*; ideò aduersus fiscum satis sese tuetur, aduersus verò incapacem respectu eius, quod capere potest, alia ratio iuris est, quæ ad nos nihil pertinet modò. 10

Hæc tamen limitat Anton. Gomez post Baldum *in l. eam quam, C. de fideicommiss. num.* 21. *ad fin.* & Paulum qui eum sequitur *in d. §. in testamento, n.* 2. & est Gomez *in l. Tauri, num.* 21. *versic. secundò*, ibi: *Secus tamen si bona restituat tali incapaci*; fundantur omnes in textu quem Bald. allegat, & more suo dicit vnicum, *in l. si postulante, §. fin. ff. ad Trebellian.* Verba eius hæc sunt: *Si donationis causâ suspectam hæreditatem sibi hæres dixerit, & ei restituerit, qui solidum capere non possit, aufertur ei quod capere non potest.* Ex quo textu aiunt, quod si palàm sit rogatus dignus restituere incapaci, hoc est, 11

in testamento, quo casu nihil videbatur pertinere ad fidem tacitam, quòd si secuta sit restitutio facta incapaci, aut ex testamento, aut in contractu inito inter viuos, quod aufertur, adiudicatur fisco, quia restitutio illa tacitam fidem inducat, & indicat indignum eum, qui restituit incapaci. Fundatur Bald. in verbo *aufertur*, quod magis applicatur indigno hæredi, *ex l. aufertur. ff. de iure fisci*: quæ tamen sententia mihi certè suspecta est; namque verbum, *aufertur*, applicatum hæredi indigno, rectè inducit indignitatem hæredis, & quandam pœnam fisco applicandam, *ex d. l. aufertur*, & *ex l. Papinianus, ff. de his quibus vt indign.* at verò reliquis applicatum non ita potest nec debet interpretari, nec induci in fauorem fisci; & tamen *in d. §. final. d. l. si postulante*, verbum illud, *aufertur*, applicatur incapaci, qui nullum delictum commisit, nec quicquam cum eo gestum est, nec de fide, nec de restitutione: ideoque verbum illud, *aufertur*, *in d.* §. idem est quod dicitur, non facit suum, iuxta legem *omnes* 187. §. *non videtur, ff. de reg. iur.*

Quod si dicas, propter restitutionem semel factam incapaci, id dictum fuisse *in d. §. fin.* ego libentiùs quæram, quare cùm tota hæreditas restituta sit *in d. §. fin.* & de tota hæreditate rogatus sit hæres, cúmque vniuersè deliquerit respectu totius hæreditatis, atque eam totam coactus restituerit, quia suspectam dixit, & à prætore fideicommissario coactus sit adire & restituere, cur non fuit ablata tota hæreditas, ex regula textus *in l. hæres*, & *in l. rescriptum, ff. de his quibus vt indign.* quæ sunt opportuna iura ad propositam disputationem: & *in l. etiam, C. ad legem Falcid.* Certè sententia Baldi, Pauli & Gomezij dura est, ad textum *in d. §. fin.* & durior inductio ipsius textus, nisi dicas, quod restitutio reperitur facta contra legem, maximè in ea parte, in qua non erat ius capiendi ei, cui ipsa restitutio facta est; sed tamen adhuc dura est isthæc sententia, ex eo maximè, quia nec fides tacita inest; ac etiamsi adesset, totam inficeret hæreditatem, quoniam in tota hæreditate peccatum est; quin etiam quia restitutio non fuit voluntaria, sed coacta & necessaria, & omnia palàm gesta sunt; quo casu delictum nec subest, nec intelligitur, nec in restituente, nec in accipiente, licèt incapace: & fortè verbum illud, *aufertur*, non refertur ad fiscum, *in d. §. fin.* sed capit interpretationem *à d. l. omnes*, §. *non videtur, ff. de reg. iur.* Habet autem relationem ad eos, qui iure persequi possunt, ita vt ex illo verbo solùm intelligamus incapacem partem eam, quam capere non potest, non fecisse suam, cùm auferri à se possit; & videtur verus sensus, obseruata decisione dicti §. *non videtur*, etiamsi authoritas Baldi, Pauli, & Gomezij plurimùm resistat.

12 Adde etiam in hac materia alios duos casus, quorum vnus est, quando in testamento est obscuritas personæ, cui facienda est restitutio, sed secretò & tacitè de ea actum est; tunc enim sola restitutio cum obscuritate testamenti, aut codicillorum sufficit, vt locum faciat fisco, ex gloss. & Bart. & reliquis *in d. §. in testamento.* Pone instituisse me Titium, eundémque rogasse, vt bona restituat ei, quem sciebat, vel vt de hæreditate faciat quod nouit faciendum, vel vt restituat ei, de quo inter nos actum est; secuta posteà restitutione post hanc obscuritatem suspectam locus erit fisco, si demùm incapaci

paci

paci fuerit facta restitutio, quasi verificata fide tacitè accommodata; idque *ex d.§. in testamento*, & glossa ibi.

Alter casus est, quem ponit Bart.*in d.§.in testamento, n.2.* scilicet si testator 13
instituat aliquem, forsan vxorem, & eam in testamento roget, vt restituat post mortem illis, quibus ipsi videbitur; & præsuppono, quòd nec secretò, nec publicè testator sensit de aliqua persona, vt excludamus casum superiorem; ita vt tota restitutio collata sit in liberam voluntatem vxoris. Bart. ibi tenet, quod si vxor moriens instituat hæredes filios spurios mariti, quod ex hac restitutione non inducitur tacitum fideicommissum, quia sola restitutio non inducit tacitum; nullibi enim id scriptum est: nec item institutio hæredis, vt Bart. ait, & est verum.

Eandem quæstionem attigit idem Bart. *in l. fin. ff. de his quibus vt indign. n.7. versic. alius casus*: sed non ita constanter: nec existimes Bartolum esse sibi contrarium, quia *in d. §. in testamento*, asserit, quòd ex illa restitutione non inducitur accommodatio tacitæ fidei, & sic non fit locus fisco in illo casu: at verò *in d.l fin.* non quærit de fisco, retenta eadem specie; sed an restitutio possit fieri vtiliter, quia non est tacitum fideicommissum: & ait, quòd non est tutum, nec securum incapaci, si ei hoc modo restituatur hæreditas, quia semper videbitur capere eam hæreditatem à testatore, ex regula vulgari textus *in l. vnum ex familia, §. 1. ff. de legat. 1. l. si arrogator, versf. penult. ff. de adopt. l. cohæredi, §. cùm filia, versf. nec fideicommisso, ff. de vulgari, l. quoties, C. de don. quæ sub mod. fiunt, l. vtrum, §. cùm quidam, ff. de reb. dub.* Molinæus *in consuet. Paris. tit. 1. §. 1 gl. 3. n. 12.* Tellus noster *in l. 27. Taur. n. 1. & 2.* Corn. *in l. 1. C. de cond. insertis.* Vnde talis restitutio non valeret, *arg. text. in l. si is qui ex bonis, ff. de vulg.* ibi: *Vt ex bonis quæ testatoris fuerint, ampliùs capere non possit.* Et hanc distinctionem tenet Paul. *in d. §. in testamento*: denique in hoc casu excluditur fiscus, quia nihil peccatum est, nec hæredis, nec testatoris, qui de nulla persona sensit, nec clàm, nec palàm: & est singularis declaratio *ad l. 6. tit. 8. lib. 5. recop.* At verò in duobus casibus præcedentibus testator sensit de aliqua persona, vel clàm, vel palàm; quia verba illa otiosa non sunt, nec intelligi possunt; ideò secuta postea restitutio locum fecit fisco, quia delictum reperitur; hæres enim debuit abstinere ab ea restitutione, quæ legibus suspecta erat, quáque immeritò, & iniustè expetiuerat testator verbis suis subobscuris & prægnantibus.

Et ita habes casus, in quibus sine accommodatione tacitæ fidei de restituendo incapaci, inducitur tacitum fideicommissum, quod aliàs necessarium 14
est, *l. hæres qui tacitum, ff. de his quibus vt indign. l. ex facto, §. Iulianus, ff. de vulg.* vbi Alexand. & Iason. *leg. 3. Cod. ad legem Falcidiam*, Gregorius noster *in leg. 13. titul. 7. part 6.* Antonius de Meneses *in rubric. de fideicommissis, num. 12.* vbi tenent omnes, & est verum, quod applicatur fisco id demùm, respectu cuius tacita est accommodata fides. Textus *in l. non intelligitur, in principio, §. tacita autem*: & textus *in d.l. in tacitis*, ibi, *obligaret se*: textus *in d. §. in testamento*, vbi Bart. & Imol. id apertè tenent: textus *in l. in fraudem, ff. de his quibus vt indig.* Omnes in hoc conueniunt, vt accommodatio tacitæ fidei sit omninò necessaria, vt applicetur fisco id, circa quod reddendum aut restituendum fides tacitè fuit accommodata, vel tota hæreditas,

vel

vel pars hæreditatis postulata & expectata sit ab hærede in fauorem incapacis. Delictum enim pendet ex hac accommodatione fidei, ita vt totam restituas fisco, si totam incapaci promiseris; vel partem, si pars expectata sit. At verò hoc de tacita fide accommodata, exclusa ipsa restitutione, inducit quidem tacitum fideicommissum; qui enim promittit se restituturũ incapaci, ex ipsa sua sola promissione sese indignum hæreditate effecit citra vllam restitutionem, & ab eo aufertur hæreditas, vel id, circa quod accommodata est tacita fides, & applicatur fisco, ex iuribus suprà adductis: quia accommodando tacitam fidem, leges, iuraque scripta læsisse intelligitur; sed tamen citra accommodationem tacitæ fidei reperitur etiam tacitum fideicommissum, atque id intelligitur ex precibus testatoris, vel palàm factis in testamento, vel extra testamentum & codicillos, secuta restitutione, quæ per necessariam consequentiam subintelligit accommodationem tacitæ fidei. Vnde illud factum est, quod diximus ex Paulo, Bald. & Gomez. per textum *in d. l. si postulante*, §. *fin. ad Treb.* vt si hæres capax hæreditatis rogetur palàm in testamento de restituendo hæreditatem incapaci, & ipse tandem restituat, etiamsi à principio non acquieuerit precibus, nec accommodauerit tacitam fidem, quod ex expresso fideicommisso, non verò tacito, & secuta restitutione fit locus fisco, qui casus mihi, vt superiùs dixi, si decidendus foret, forsan quod pertinet ad fiscum aliter deciderem, etiamsi inutilem eam restitutionem existimarem in ea parte, cuius incapax esset is, cui facta esset restitutio. Aliud enim est ex Bartoli sententia, quæ mihi semper in dubiis vera est, & amplectenda libenter, fisco facere locum ex causa indignitatis, hoc est ex delicto, accommodata fide de restituendo, quod est iure prohibitum; aliud verò est quærere, an ipsa restitutio facta ei, qui capere non potest, sit inutilis: sic Bart. *in d.* §. *in testamento*, & *in d.* §. *fin.* ne incapax capiat à testatore medio hærede, contra iura superiùs adducta.

35 Præterea & in alio casu, de quo suprà egimus, restitutio supplet accommodationem tacitæ fidei, scilicet cùm testator tacitis & obscuris verbis in testamento sensit de aliqua persona, rogans hæredem scriptum de restitutione facienda, de quo est textus & glossa, & communis & recepta sententia *in d.l. Lucius*, §. *in testamento*, cùm videlicet testator rogat hæredem scriptum, vt de hæreditate faciat quod inter eos conuentum est, vel quod ipse scit: tunc restitutio incapaci facta inducit tacitum fideicommissum, secus verò si tota restitutio planè collata sit in liberam voluntatem hæredis, veluti si testator roget vt hæreditas restituatur pauperibus, vel his quibus hæres velit; tunc si fiat restitutio incapaci, restitutio forsan erit inutilis; ex iuribus suprà adductis, quia ab eo incapax caperet medio hærede, à quo capere non potuisset; sed non fit locus fisco, ex Bartol. Paulo, & Imol. *in d.* §. *fin.* & *d.* §. *in testamento.* Hi sunt quotidiani casus, qui contingere solent, ex quibus sine accommodatione tacitæ fidei induci potest fideicommissum tacitum, ita vt fisco locus fiat.

36 Ex quibus elegans declaratio est ad legem Regiam 13. *tit.* 7. *part.* 6. ibi: *La sexta razon es, quando el testador rogasse al heredero en poridad, que diesse aquella heredad, en que le establecieße a algun su fijo, o a otro que lo non podria*

dria heredar, por que le era defendide por la ley, ca si el heredero cumpliesse tal ruego o mandamiento del testador, e la entregasse al otro, perderia porende el derecho que auia en la heredad; id est: Sexta ratio est, quando testator rogasset hæredem secretò, vt illam hæreditatem, in qua institutus est, restitueret alicui filio suo, aut alteri qui capere non posset, quia prohibitum esset lege; quia si hæres adimpleat tales preces, aut præcepta testatoris, & restituat incapaci, exinde perderet ius, quod ad hæreditatem habebat. Ecce ergo legem Regiam, quæ apertè non loquitur in accommodatione tacitæ fidei; eum enim casum, in quo interuenit accommodatio tacitæ fidei, relinquit dispositioni iuris communis, vt scilicet ex accommodatione tacitæ fidei sola, sine vlla restitutione inducatur tacitum fideicommissum, & fiat locus fisco: sed lex nostra decidit casum, scilicet quando non est accommodata fides secretò, sed secretò rogatus est hæres, ibi, *en poridad*, id est, secretò & tacitè, scilicet extra testamentum, vt satis explicuimus, aut codicillos; & tunc etiamsi rogatus à testatore nihil ei promiserit coràm, postea verò factus hæres hæreditatem restituat incapaci, inducitur iure nostro tacitum fideicommissum, & fit locus fisco: quod sensit Greg. ibidem, & optimè.

Sed tamen extende hanc ipsam declarationem, vt licet prædictæ legis 13. verbum illud, *en poridad*, hoc est, tacitè aut secretò, decidat casum frequentem, idem tamen sit dicendum *ex d. l. si postulante*, §. *fin.* & Bald. Paulo, & Gomezio *suprà*, si hæres capax apertè & non secretò sit rogatus. Tunc enim, vt diximus, restitutio redigit rem ad casum, *de poridad*, hoc est, tacitum; & inducitur tacitum fideicommissum: idem si obscuritas adsit in testamento, *ex d.* §. *in testamento*, & glossa & Bart. ibi. Restitutio enim inducit tacitum fideicommissum sine accommodatione vlla tacitæ fidei, vel non probatis aliter precibus. Ex obscuritate enim illa declaratur verbum, *en poridad*, id est, secretò, vt secretò sit factum, quia obscurè rogatus est, & palam restitutum; & ita ampliatur dictum Gregorij, explicaturque nouè verbum illud, *en poridad*, id est, secretò. Ex quibus vides, quòd ad inducendum tacitum fideicommissum non semper est necessaria accommodatio tacitæ fidei.

Sed si hæres scriptus confessus sit se tacitam fidem accommodasse, ex hac 17 confessione inducitur tacitum fideicommissum, & fit locus fisco: glossa *in l. 3. Cod. ad legem falc.* glossa *in l. 3. de iure fisci, verb. probationibus*, vbi Bartol. & Salicet. *in dict. leg. 3.* Imol. *in leg. tacitis*, *ff. de legat.* 1. quod quidem dum hæreditas est apud ipsum confitentem, verissimum mihi est; cæterùm in duobus casibus hæc opinio, quæ placuit Ant. Gom. *in d. l. 9. Tauri, n. 24. vers. 4.* cæteris displicere poterit, & meritò.

Primus casus est post restitutionem factam incapaci liberè. Pone testatorem simpliciter me instituisse hæredem, nihilque, nec palam, nec tacitè rogasse; me tamen ex hæreditate res aliquas donasse semel filio testatoris incapaci, vt commodiùs viueret. Certè post eam donationem nihil proderit confessio sola hæredis, quòd rogatus tacitè fuerit. Item pone me hæredem scriptum rogatum apertè in testamento hæreditatem restituere Sejo; si nihil aliud proponatur quàm confessio hæredis, qui dicat se tacitam fidem accommodasse, certè

sola ista confessio nihil nec prodest fisco, nec nocet tertio; confitenti autem sibi nocebit, quia istiusmodi confessiones solæ de se nocere aliis nec solent, nec debent, præsertim in iure iam quæsito tertio, textus *in l. certum*, §. *sed an ipsos*, cum glossa ibi egregia, *ff. de confess.* vbi Bart. & reliqui: textus elegans *in l. qui seruum, ff. de interrog. act.* facit quod eleganter tradit Bart. *in l.2. ff. de fide instrum.* & *in l. scripturas, C. qui potiores in pignore*, & Speculator *tit. de oblig. & solut.* §.1. *vers. sed quid*, quòd debitor confessus se priùs cum alio contraxisse in præiudicium creditoris sui, nihil ei præiudicat, sed sibi duntaxat nocet: ergo isthæc confessio nihil tertio nocebit, licèt confitenti noceat.

20 Facit item elegans ratio, quia de iure confessio maris & fœminæ asserentium matrimonium inter eos contractum fuisse, absque testibus admittenda omninò non est, vbicunque ex ea confessione præiudicium fieret tertio; solis verò confitentibus nocet, glossa *in cap. si quis diurnis* 30. *quæst.* 5. *leg.*2. *tit.* 3. *part.* 4.

21 Nec confessio mariti sola de dote recepta præiudicat creditoribus hypothecariis, glossa *verb. data, in l. assiduis, C. qui pot.* Palac. Rub. *in repet. rub. de donat. inter virum & vxorem*, §. 15. & 33. Tiraq. *de retract. conuent.* §.4. *gl.*6. *num.*14. Afflict. *in constit. Neapol. lib.*3. *rub.* 24. *num.*34. Bald. *de dote part.*10. Ias. *in* §. *fuerat, n.*37. & 91. *Inst. de act.* apud quos plura videre poteris, ex quibus, & quæ ipsi adducunt, videas constitutissimum esse in iure, quod confessio non prodest tertio, nocet autem confitenti: ex qua regula in nostro casu nocebit hæredi, reliquis nocere non poterit, nisi cum confessione adsint alia adminicula, eáque legitima à lege, de quo vide Franciscum de Aretio *cons.*13. *n.*9. si quando casus contigerit.

22 Præterea occurrit lex *hæreditas, C. de his quibus vt indig.* quæ lex est elegantissima in hac materia, & ex ea colligitur alius & nouus casus taciti fideicommissi in fauorem fisci; vt si hæreditas data sit in testamento valido, non possit adimi in codicillis, vel epistola, sicuti nec dari; si tamen in testamento testator reputauit hæredem indignum, vel dixit eum non mereri hæreditatem, si illam in alium non transtulit, aufertur ab hærede tanquam ab indigno, & applicatur fisco. Verba eius hæc sunt: *hæreditas in testamento data per epistolam vel codicillos adimi verbis directis non potuit; quia tamen testatrix voluntatem suam non mereri vnum ex hæredibus suis declarauit, meritò eius portio non iure ad alium translata fisco vendicata est: libertates autem in eadem epistola datæ peti potuerunt.* Bart. *in l. fin. ff. si quis aliquem testari prohib. n.* 14. applicat dictam legem *hæreditatis*, ad casum indignitatis. Idem faciunt Paul. *in dict. l. hæreditas*; quam indignitatem intelligunt, siue hæres scriptus adiuerit hæreditatem, siue non adiuerit: quia priori casu magis facit locum fisco, *l. ex facto*, §. *Iulianus, ff. de vulgar.* si autem non adiuit & repudiauit, fecisse in fraudem fisci intelligitur, & sic habetur pro adeunte, ex textu *in l. si sequens*, vbi Doctores, *ff. ad Syllan.* si autem mortuus est hæres scriptus non adita hæreditate, tunc portio accrescit cohæredi, quia ipso iure accrescit hæreditas; casus enim mortis facit portionem ipso iure deficere: item ita intelligunt dictam legem *hæreditas*, si testator dicat hæredem

esse

esse indignum, etiamsi non dicat, quod nihil habeat ex suo testamento. Satis enim dicit asserendo ipsum indignum; idemque esset, si non dicat hæredem indignum, sed dicat, quòd accommodauit tacitam fidem de restituendo incapaci; sufficit enim vtcumque indignitatem explicet: ita Paulus ibi post antiquiores, quos sequitur Greg. *in l.23. tit.1. part.6.* ex quo verbo, *razon*, constat, quòd apud antiquiores in casu dictæ legis *hæreditas*, variè disputatum fuit, an sit omninò credendum testatori, quia eo tempore, quo id in testamento fatetur, habet liberam disponendi de rebus suis facultatem, & potest vel directò, vel obliquè hæreditatem suam relinquere fisco, *l. in re mandata*, *C. mandat. auth. de nupt.* §. *disponat*; ita tenet Albericus *in d. l. hæreditas*, & post eum Bald. & post eos Alex. & sensit Paul. ibi, & post hos omnes Greg. *in d. l. 23.*

Quia verò filij sunt veluti creditores paterni, *l.fin. de curat. furiosi*, & sunt 23
veluti domini rerum paternarum, quibus & iure naturæ & ciuili debentur bona paterna, *l. cùm ratio, de bonis damnat. l. scripto, ff. vnde lib. l. nam & si parentibus, ff. de inoffic. testam.* ideoque dominium rerum parentum in ipsis continuatur, *l. in suis, ff. de liber. & posthum.* ex his quæ diximus suprà de confessione, quod non præiudicat tertio, qui ius habeat; in filiis limitamus decisionem dictæ legis *hæreditas*, & limitat Greg. *in d.l.23. verbo sin fijo.* Vnde meritò dicta lex 23. exclusit hunc casum, ibi: *En que dexasse a otro por su heredero que non fuesse fijo, nin de los que descienden del*; id est, *in quo relinqueret alium hæredem, qui filius non sit, nec à filio procreatus*: hi enim quibus legitima portio debetur, non possunt exhæredari, nisi legitimè obseruata ratione authenticæ *vt cum, de appell. cognosc.* §. *aliud quoque capitulum, collat.9.* & *l.4. tit.7. part.6.* sed hodie illud quoque necessarium est, vt id dicat testator coram tot testibus, quot sufficiant ad solennitatem codicillorum; quod innuit dicta lex 23. ibi: *E despues dixesse ante cinqo testigos quiero que fulano*; id est, *postea autem coram quinque testibus dixisset, volo Titium*: in Hispania autem cùm codicillorum & testamentorum exæquata sit solennitas, idemque numerus expectandus est, qui in testamento nuncupatiuo exigitur.

Cùm enim vltima voluntas ea sit, debet iusto numero testium constare, & inducitur ibi textus, quòd iam tunc quinque testes sine tabellione ad hanc solennitatem, quæ tunc erat solennitas codicillorum, vt *in l.3. tit.12. part. 6.* erant vocandi, & hæc est confessio testatoris, quæ nocet hæredi, & prodest fisco; solemnis scilicet & ex proposito, & consultò facta, non obiter, quomodo fiunt ipsi codicilli, ne putes quamlibet confessionem vtcumque probatam sufficere ad auferendam hæreditatem. Valet enim huiusmodi confessio non in vim probationis, nempe quòd ex illa confessione sit probatum delictum hæredis; nam tunc sufficerent duo testes de confessione, nec lex exigeret quinque testes.

Sed valet illa confessio in vim dispositionis, ideò non sufficiunt duo testes, quibus probatio naturalis constat; sed ad minus requiritur solemnitas codicillorum, quæ est probatio ciuilis & legitima, differens à probatione naturali, *d.l.23. d.l. hæreditas*, & ex dispositione dictæ legis 1. *tit.3. lib.5. recop.*

ufficiunt hodie apud nos Hispanos tres testes cum publico tabellione, quia confessio illa pertinet ad dispositionem, non verò ad probationem.

Ex qua declaratione, stante *d. l.* 23. non est locus doctrinæ Bart. *in d. l. fin.* vbi duos tantùm vel tres requirebat testes, etiamsi coram tabellione fieret ista confessio. Nam ex his, quæ diximus, cùm constitutio requirit dispositionem solemnem & legitimam, *ex d. nostra lege* 13. ibi: *E debe deser del Rey, pues que el testador no quiso que la ouiesse aquel que es ablescio por heredero*; id est, *& ad Regem pertinere debet, postquam testator noluit, vt ad eum pertineret, quem hæredem instituit*: nota verbum illud *no quiso*, id est, noluit, quod ad voluntatem necessariò referendum est. Cùm ergo voluntas sit, restat vt sit voluntas solemnis & legitima, qualis est codicillaris, cùm directò hæreditas adimi non possit in codicillis, obliquè possit, *l.2. C. de codicillis, d l. hæreditas*, ibi: *Adimi verbis directis non potuit*: & quia non est expressa persona, cui restituenda esset, *d. l.23.* ibi: *E non dexo en su testamento otro heredero que heredasse lo suyo*; id est, *& nec in suo testamento alium hæredem scripsit, qui sibi hæres esset*: vnde non potest induci in nostro casu dictæ legis *hæreditas*, ad tacitum fideicommissum, quia ibi non est expressa persona, cui sit restituenda hæreditas, ex quibus factus est locus fisco.

Quando autem agitur de probanda accommodatione tacitæ fidei, statim in promptu est allegatio, quòd accommodatio tacitæ fidei probetur ex coniecturis & indiciis; quia cùm sit delictum tacitum, id est, occultum, in quo interuenit dolus, videtur, quòd sit admittenda probatio, quæ admittitur ad probandum dolum, qui quidem coniecturis probatur & indiciis, *l. dolum, C. de dolo*, qui est textus expressus *l. non omnes*, §. *à Barbaris*, *ff. de re militari*, ibi: *Sed licèt hoc liquidò constare non possit, argumentis tamen cognoscendum est*: textus *in c.1. de renunc. lib.6. l. consensu, C. de repudiis*, Boërius *decis.*101. *n.*4. Moderni *de arbitris lib. 2. casu* 89. & *casu* 175. *num.* 7. Ias. qui dicit dolum difficillimæ probationis, *cons.*141. *lib.*4. Salyc. *in l.3. C. ad leg. falcid.* Anton. Gomez. *in leg.9. Tauri, num* 25. Menesius *in rubr. de fideicommissis*, vbi sic intelligit post reliquos verba ista dictæ legis 3. ibi: *Manifestissimis probationibus.*

25 Sed mihi hæc difficilia sunt, quia ad probandum delictum, & adimendam hæreditatem propter delictum commissum, necessaria est aperta & clara probatio, *l. sciant cuncti, C. de prob. l.3.* §. *tacita*, *ff. de iure fisci*, ibi, *aliis probationibus manifestissimis*: & forsan hoc de indiciis rectè applicabitur casibus, de quibus suprà, qui præsumuntur probati ex restitutione secuta: at verò applicari ad verum delictum ostendendum, hoc est, ad monstrandam veram accommodationem tacitæ fidei, non possunt. Debet enim hæc verè probari, aut testibus, aut chirographo, vel nuda promissione, *ex l. infraudem, ff. de his quib. vt indign. l. hæres, ff. eod. l. in tacitis, ff. de legat.* 1. Ideò semper requiro naturalem probationem duorum vel trium testium asserentium accommodatam fuisse tacitam fidem, vtque legitimi sint testes tales, quibus fides intrepidè habenda sit, cùm delictum nisi legitimo testimonio probari non possit, nec sit vnquam auferenda hæreditas ex coniecturis. Quod enim pertinet ad solam restitutionem, ea nunquam sola probat tacitum fideicommissum,

etiamsi

etiamsi in continenti fiat. Tenet Anton.Gomez *in l...Tauri,n.*26.& est verum. Necesse enim est vt præcedat id, quod superiùs diximus, vel aperta & clara deprecatio extra tabulas, vel obscura in testamento, aut codicillis, *ex d.* §. *in testamento.*

Item nec sufficit sola indagatio & inquisitio,quo pacto incapaci possit relinqui propria hæreditas, nec quòd de ea re testator consuluit Iurisperitos. 26 Cùm enim consulens & inquirens quandam procliuem voluntatem manifestauerit,credibile est,quod permanserit & durauerit in ea voluntate, quam viuens habere videbatur, & quòd opere expleuerit, quod consulendo quæsierit,*l.Statius,in principio ,ff.de iure fisci*,ibi: *Si non probaretur mutatam voluntatem,l.cùm tacitum*, iuncta glossa 2. *ff.de probat.l.*3*.tit.*4*.p.*7*. l. non solùm*, §. *morte,ff.de noui oper.nunc.l.si quis in principio testamenti,ff.de legat.*3.Bart.eleganter *in d.l. cùm tacitum*,vbi dicit,quòd semper videtur in eadem secreta voluntate durare & permanere,quæ mutata non intelligitur,nec præsumitur; & ex voluntate viuentis præsumimus voluntatem morientis,*l.Titia*,§.*qui morte, ff.de ann.legat.l.Sempronio*,& *l.final.ff.de vsufr.leg.l.quoniam, C.de naturalibus lib.*Ideò secundum testamentum non tollit causas indignitatis,quæ ortæ erant ex priore, si sequatur illa restitutio, de qua consultatio præcesserat, *d.l. Statius*,& Bald. *in d.l. cùm tacitum*, per textum ibi.

Item nec sufficit, quòd testator fuerit auarus, rebusque suis parcens,& ad- 27 modum frugalis vitæ; nec quòd immemor animæ suæ, parum aut nihil pro ea distribuendum curauerit; nec quòd suorum immemor,planeque egentium, extraneum, planéque incognitum hæredem reliquerit, cùm ex huiusmodi magna largitione ita facta præsumatur fraus, *l. omnes*, §.*Lucius,ff. de his quæ in fraud.cred.l.*7*. tit.*15*.part.*5. & ibi glossa *verb. todos estos*: & ex qualitate personæ arbitrandum est,Bald.*in titulo quibus in caus. amitt.feud.*& ibi multa adducit Afflictus,quòd sit qualitas personæ attendenda,an amicus,an cognatus, an vir probus,quem putes facilè seruaturum fidem; an olim inimicus.

Sæpè tamen contingit, vt fiat fraus legi, quòd testator post acceptam,da- 28 tamque fidem secutus cautelam Cæpollæ 38. addit varias substitutiones vocando vnum, & item alium, post hæredem scriptum, ipsumque rogando palam de restitutione facienda; sæpeque maioratum & fideicommissum perpetuum instituit: quod eo animo fit, & consilio,vt si quando de tacita fide accommodata agatur, fiscus excludatur, quia scilicet fides tacitè accommodari per hæredem scriptum non possit in fraudem eorum, qui vocati sunt ex causa fideicommissi: tuncque adducuntur omnia, quæ scripsimus de expensis & meliorationibus, *cap.*10. *n.*48. quòd ea quæ non possunt alienari, non possunt confiscari, *l. Imperator*, *ff. de fideicommiss. lib.* vbi Bart. maximè si prohibitio alienationis fuit facta in fauorem tertij, ex Bart. *in l.si quis in tantam, C. vnde vi*: aiuntque hæredem accommodantem fidem sibi delinquere, non reliquis, *l.Statius Florus*, §.*Cornelio Felici, ff. de iure fisci.*

Præterea adducitur lex 3. *C. ad legem Falcidiam*, & *l. Marcellus*, §. *final.* 29 *ff. ad Trebell. l. Papinianus*, §. *meminisse, ff. de inoffic. testam.* quòd scilicet delictum hæredis accommodantis tacitam fidem non extendatur ad legata & fideicommissa.

Et postremò adducitur quod superiùs attigimus de expresso & tacito, quòd expressum fideicommissum faciat cessare tacitum, *l. cùm ex filio*, *§. filio impuberi. ff. de vulgar. l. doli clausula, ff. de verb. oblig.* & argumentantur à verisimili, quòd non sit credibile, quòd testator quæsierit viam, quâ dispositio propria corruat, *l. 3. C. de mil. testam.* nec sit verosimile tam contraria, & penè impossibilia voluisse testatorem, *l. nam ad ea, ff. de condit. & demonstr.* vbi gl. & Doctores, Bart. *in l. 1. §. parui, ff. quod vi aut clam*, Alex. *in l. si mihi & tibi*, *§. fin. ff. de leg. 1.* Alciatus *regul. 2. præsumpt.* 28. Nec sit quicquam minus præsumendum de homine cordato, & sanæ mentis, *l. si ita quis in fine*, ibi: *Quod vtique nemo sanus probabit*, *ff. de euiction. l. Saluius Aristo, ff. de legatis præstand.* facit lex *Mauius. ff. de legatis 2.* vbi quod verisimile est credendum; contrà verò non est credendum, quod non est verisimile, *l. cùm pater*, *§. pater*, *ff. eodem*, *l. qui filium*, & *in l. vxorem*, *§. felicissimo*, *ff. de legat. 3.*

Et verisimilitudo est cognata naturæ, Bald. *cons.* 180. *n. 3. lib. 1.* textus *in l. filio quem pater, ff. de liberis & posthumis*; & quæ non consonant rationi naturali, non consonant legibus & iuri, latè Baldus *in leg. testium*, *Cod. de testibus.*

Adducuntur etiam, quòd quando hæreditas transit ad fiscum propter indignitatem, transit cum onere legatorum & fideicommissorum, Anton. Menesius *in l. eam quam, C. de fideicommissis*, *num.* 57. & est textus *in l. non intelligitur*, *§. cùm ex causa, ff. de iur. fisci*, ibi: *Omnia, quæ in testamento data sunt, valent*: textus *in d. l. 3. C. ad legem falcidiam*: textus *in l. hæreditas*, *C. de his quibus vt indignis*, & *in d. l. Marcellus*, *§. fin.* & *d. l. Papinianus*, *§. meminisse*, *ff. de inoffic. testam. l. dicitur, ff. de iur. fisci*, ibi: *& libertates, & legata monent*, *l. cum fisco*, *ff. ad Syllanian.* & *l. cùm tabulis*, ibi: *Eam rem legatariis non obesse*, *& ideò cum suo onere fiscum succedere*, *l. Imperator*, *§. Diuus, ff. de fideicommiss. lib. l. si seruus plurium*, *§. si quis*, *ff. de legat. 1.* vbi Bart. & Doctores: & quia pœna non debet egredi suos authores, *l. sancimus*, *C. de pœnis.*

33 Et addunt, quòd testamentum potuit incipere à substitutione, *l. 3. § fin. de liberis & posthumis*, Alex. *in l. si pater impuberis, ff. de vulgari, num. 4.* Iason *in auth. nouissima, num. 26. C. de inofficios.* Suarez *in l. quoniam in prioribus, 15. limitat. C. de inoffic. testam.* Alciatus *in rubr. de vulgari, num. 6.* Berberanus *in l. si pater, C. eodem, num. 328.* & *C. de instit. & substit.* Corasius *in rubric. C. de impub. n. 14.* Ripa *in l. 1. num. 7. de vulgari*: textus *in l. si filius, ff. de hæredib. instit. l. si à primo, ff. de liber. & posthum.* quod ad multa solet allegari, vt vtilis substitutio propter inutilem institutionem non vitietur, sed ab ea vtiliter incipiat: & est quotidianum ad vocationes, de quibus *in l. humanitatis*, *Cod. de impub. & aliis*, & ad eas, de quibus *in l. 27. Tauri*: cuius legis dispositio frequens est in foro, & frequentior disputatio de substitutione vtili conseruanda, reiecta inutili, quæ ex *dict. leg.* 27. fieri non potuit, ne tota dispositio pereat, de quo alibi.

34 Omnia tamen hæc maximam difficultatem habent, semel data & accepta fide de restituenda tota hæreditate; plus enim valet hoc, quod reuera agitur, quàm

quàm vocationes quæ post hanc fidem datam & acceptam simulatæ concipiuntur, vt per totum *plus valere quod agitur*; & in huiusmodi rebus magis retinenda est vera voluntas, quàm longa quædam relatio verborum, *l. voluntas, C. de fideicommiss.* non enim verbis legis impositæ sunt, sed rebus, quæ verè & realiter geruntur, *d. l. voluntas, l. qui autem*, §. *non simpliciter, ff. si quis omiss. caus. test. l.2. tit. 16. lib. 5. recopilation.* & qui tacitam fidem postulauit de restitutione facienda incapaci, falcem apposuit ad radicem suæ dispositionis, quia tractatus prior tollit sequentem voluntatem, *l. si quis in principio testamenti, ff. de legatis* 3. *l. non solùm, §. morte, ff. de noui operis nunc. l. at si quis*, §. *plerique, ff. de relig. & sumpt.* fuit enim fideicommissum illud appositum in testamento vmbra quædam, quæ tacitum obumbraret in fraudem fisci, cui ius quæsitum est ex tacita fide postulata, & data: accedente autem veritatis luce, fugit & annihilatur vmbra, præualente rei quæ geritur veritate, *l. filio quem pater, ff. de liberis & posthumis*, ibi: *Ne imagine veritas naturæ obumbretur: l. ita fidei, ff. de iure fisci, regul. certum, de regulis iuris lib.6.* & quia collapso fundamento corruit ædificium superimpositum, *c. cùm Paulus*, 1. *quæst.*1. *l. redemptores, ff. de rei vend.*

Nec obstat lex 3. *C. ad legem Falcidiam*, cum similibus, quæ conseruant legata & fideicommissa; quia fatemur, quòd fiscus tenetur adimplere & soluere legata & fideicommissa particularia relicta particularibus; istud tamen cessat in fideicommisso vniuersali, atque adeò in ipso particulari cessat, si in eo inueniatur data & postulata fides tacita. Vniuersale namque fideicommissum idem est quod hæreditas: fideicommissum enim vniuersale non acquiritur ipso iure, sicuti hæreditas, *l. facta, verb. restituta, ff. ad Trebell.* Bart. *in l. 1. ff. de legatis* 1. Ias. *in rubrica ff. ad Trebell. num.*9. legata autem & fideicommissa particularia etiamsi sint maximarum rerum & plurium, rectâ transeunt viâ ad legatarium, & fideicommissarium, *l. à Titio, ff. de furtis*, Alex. & alij *in l. si tibi homo*, §. *cùm seruus, ff. de legat.* 1. Hæc enim fideicommissa particularia perpetua, quamuis contineant vniuersitatem rerum, vt continent maioratus nostri, attamen continent vniuersitatem facti, non autem iuris. At verò hæreditas, ipsumque fideicommissum vniuersale continent vniuersitatem iuris, quod adnotauit Molina noster *de primog. lib.*1. *c.* 26. *n.*20. & est vtilissimum *ad l. 4. ff. de pet. hæred.* vt in fideicommisso vniuersali vnum iudicium sufficiat pro toto fideicommisso vniuersali: at verò in maioratu non item, sed singulæ res & singula iudicia, & singulas vendicationes exposcunt. In generalitate enim facti quælibet species considerantur de per se, *l. vendicatio, ff. de rei vendic.* Paul. *in leg. 1. ff. de offic. eius cui mand. est iurisdict.* quod est elegans *ad d.l.4. ff. de pet. hæred.* 35

Vnde fideicommissarius vniuersalis est hæres, *l. si filius*, §. 1. *ff. quod cum eo*, gl. famosa *in l. fin. Cod. de edicto diui Adrian. tollend.* vbi Scriptores. Habet enim fideicommissarius vniuersalis executionem, de qua ibi, particularis minimè; ob idque qui est incapax hæreditatis, est incapax fideicommissi vniuersalis, glossa *verbo habetur, in* §. *est autem, Inst. de hæred. instit.* Scriptores *in l. Seius & Augerius, ff. ad leg. Falcidiam*: & quia legata æquiparantur fideicommissis particularibus, non verò vniuersalibus, *l. 1. ff. de legatis* 1. *l. fin. C.*

fin. C. de fideicommiss. item ex fideicommisso particulari potiùs deducitur Falcidia; at verò ex vniuersali potiùs Trebellianica, Ias. *in rubr. ff. ad Trebell. num.6.*

36 Ideò dicta lex 3. *ad legem Falcidiam*, loquitur in fideicommisso, ex quo deducitur Talcidia, non verò Trebellianica; & ideò intelligenda est de particulari, ibi: *Ad eum videlicet modum quem lex falcidia patitur*: & ita textus *in l. seruus plurium*, §. *penultimo*, loquitur in legatis, ibi: *Ex necessitate redundabit onus legatorum ad hæredem*: & lex *Imperator*, solùm in libertatibus fideicommissariis, quæ sunt particulares: idem *in l. cum fisco*, ibi: *In eum legatorum actio datur, & libertates ratæ sunt.* Omnes itaque loquuntur in fideicommisso & legato particulari, quod conseruatur à fisco, dolus verò versatur in fideicommisso vniuersali, si ex verbis appareat perpetuum, probatâ tacitâ fide, *l. omnes*, §. *Lucius*, *ff. de his quæ in fraud. cred.* Decius *cons.659. n.9.* Mieres *in tractatu de maiorat. 4. part. quæst.23. n.57.*

37 Nec obstat lex *Marcellus*, §. *fin. ff. ad Trebell.* quæ loquitur in fideicommisso vniuersali; namque ibi à principio fideicommissum rectè & legitimè factum est, & rogatus fuit capax, & vocati item capaces; diuersa species à nostro casu. Quia verò rogatus non vendicauit mortem testatoris, se indignum fecit: sibi itaque nocuit ex postfacto: in nostro casu, vt diximus, est vitium voluntatis in ipso limine institutionis, & aliud apertè geritur, aliud tacitè tractatur. Denique ex repugnantia voluntatis delictum reperitur solùm legitimè commissum contra legem ante vocationes: at verò in casu dictæ legis *Marcellus*, testator nihil peccauit, omnia legitimè gessit; ideò diximus, quod in nostro casu testator apposuit falcem ad radicem suæ dispositionis delinquendo, & expressè suas secutas dispositiones destruendo: & ideò reliqui casus de indignitate non possunt computari cum nostro casu, in quo ex voluntate contraria, & delicto testatoris incipit ius fisci, & perficitur accommodatione tacita hæredis. Itaque est locus fisco, & fideicommissum subsecutum est inane, ex defectu veræ voluntatis; & nihil nocet fisco, cui iam ius planè quæsitum est.

38 Illud verò maximè est controuersum, an hæres tacitè grauatus restituere hæreditatem incapaci, cui tacitam fidem accommodauit, teneatur in foro conscientiæ restituere fisco, in quo nostri variè sentiunt. Namque Anton. Gomez *in d. l. 9. Tauri, num.28.* tenet resolutiuè, vt ipse dicere solet, quòd talis hæres nullo modo potest retinere sibi ea bona, quæ accepit restituenda incapaci per fideicommissum tacitum: item quòd nec possit incapaci restituere; imò quod nec ipse incapax, si ipsi facta sit restitutio; illudque tenet ex ratione, quia cùm semper sit in mala fide, *ex l. cùm tacitum, ff. de prob.* restituere tenetur. Ex quo textu fructus etiam ante litem cœptam restituuntur, quia abfuit bona fides, & adfuit mala, & quæ notat Bart. *in l. prædonis, ff. de pet. hæred.* & Scriptores *in l. hæredem, ff. de his quibus vt indignis*: & quia omne, quod non est ex fide, peccatum est, *c. fin. de præscript.* & quia scire debes, quod tuum non est, ad alium modis omnibus pertinere, *l. fin. C. vnde vi*, & hanc tenet Bart. *in l. fin. ff. de his quibus vt indig. n.9.* & Segura *in leg. cohæredi*, §. *cum filio, ff. de vulg.* idem tenet Gregorius *in l. 13.*

verba,

verbo, *cumpliesse al ruego*, ibi, *sed fortè dictum Bartoli verius est*, vbi suprà.

Contrarium tenet Didacus *in* 4. *p*.2. *cap*.8. §.5. *n*. 8. *&* 9. sed reuera eius fundamentum non multùm vrget; quia hic hæres, qui accommodauit tacitam fidem, verè non habet voluntatem testatoris, qui contrarium rogauit, & petiit, & quietus decessit, propter fidem datam tacitè de restituendo; ideò reuerà secluso iuris figmento ex voluntate hæres non est, quod patet ex superiùs dictis. Vnde corruit ratio Didaci: ius enim eum hæredem facit ad effectus iuris, & vt ab eo arripiat fiscus tanquam ab hærede indigno; ipse tamen reuerà, seclusa fisci causa, bona retinet contra sibi notissimam voluntatem testatoris. Vnde corruit ratio Didaci: procederet verò ea ratio in aliis casibus indignitatis propter non vendicatam mortem, *ex d. l. Marcellus*, §. *fin.* vbi omnia ritè & rectè processerunt ex legitima voluntate testatoris, quæ in nostro casu accommodatæ tacitæ fidei deficit. Vnde hæres scriptus non potest retinere illam hæreditatem ex defectu voluntatis, quia reuerà ipsi non est relicta, nec incapax item retinebit ex restitutione, quia lege iustissima disponente incapax est, ex his quæ notat idem Didacus vbi suprà, *n*.8.*vtrsic. primum*, cum Caietano 2. 2. quæst.62. art.3.

Glossa enim celebris *in c. fraternitatis* 12.*quæst*.2.quæ ait pœnam legis exterioris non esse considerandam in interiori iudicio,donec fiat executio,intelligitur in pœnis exigentibus iudicis executionem, non verò habet locum in pœnis, quæ non requirunt actum aliquem iudicis, cùm incapax ipso iure sit incapax sine actu iudicis, nec hæres restituturus habet voluntatem,nec fidem bonam,sine quibus bona habere non potest. Est ergo vera opinio contra Didacum, nec quicquam facit voluntas testatoris erga spurium, quia ea etiamsi sit voluntas, non est voluntas legitima. Non enim quælibet voluntas sufficit, sed ea, quæ à lege probatur, vnde dependet solennitas testamenti, *dict*.*l*.1. *tit*.4. *lib*.5. *recop*. & *d*.*l*.13. *tit*.7. *part*.6. & quæ diximus.

Quamuis enim inuentio testamentorum de iure gentium emanarit, tamen 40
sine viribus erat hoc testamentum, nec cogebat hæredem, §. 1. *Instit. de fideicommiss. hæred.* Ius autem ciuile vires & solennitatem addidit testamento, sine quibus efficaciter nihil valet.Bart. *in l. interdum*, *de cond. indebit.* Peralta *in rubr. de hæred. instit. n.* 140. Pinellus *in rubr. de rescind.vendit.*1. *part.* c.1. *num*.23. Didacus *lib*.3. *var. cap.* 6. *n*.7. Viglius *in* §.*sed prædicta*, *n*.5. *Instit.de testam.* Anton. Gomez,Burgos de Paz. & Tellius *in l*.3. *Tauri*, Iulius Clarus *lib*.3.*sentent*. §. *testamentum*, *q*.2. Menchac. *de success. creat.* §. 1. *n*. 1. Fortunius Garsia *in l.Gallus*,*in princ. n*.3.*de libertis & posthumis.* Hothomanus *ad l.duodecim Tabularum*,& ibi Balduinus, *c*.18. Sigonius *de antiquo iure ciuium*, *lib*.1.*c*.12. Corrasius *in l.filium quem habentem*,*C. famil. hercisc.* Cùm ergo à iure ciuili capiat vim & potestatem testamentum, nihil rectè testamento dispositum est, quod contra iura ciuilia, non obseruatâ solemnitate iuris dispositum reperiatur: qua ratione aut fisci intra sua tempora, aut post ea tempora venientium ab intestato, in hoc secretiori animi iudicio causa erit potior, nec dicimus restitutionem esse faciendam fisco, qui nihil petierit intra sua tempora, sed eum sensum sequimur, vt si tempora labantur

fisco, venientium ab intestato causa sit melior futura, si hæres indignus tandem secum statuerit bona ea ad se non pertinere; quod quidem rectè statuet si à se tacitè fidem accommodatam contra iuris præcepta meminerit.

Modò restat illud, quod attigit Palacios Rubios *in repet. rubr.* §. 39. *n.* 9. vbi miscet & confundit indignum cum incapace, & vtrumque idem existimat,& perperam; multùm enim differt indignus ab incapace. Indignus enim verè legatum aut hæreditatem acquirit, subiectus tamen periculo, si fiscus intra sua tempora agat, & agendo auferat; at verò incapax nihil sibi timet à fisco, nec quicquam acquirit, sed vel coniunctis, vel venientibus ab intestato locum facit, ita vt si clericus apertè filium spurium instituat, nihil omninò de fisco sit curandum, sed in indigno continetur: tradidit distinctionem Bartol. *in l.*1. *num.*4. *de iure fisci*, glossa *in l si duo patroni, in principio, ff. de iureiurando*, & *in l. ex facto*, §. *Iulianus, ff. de vulgari*, glossa & Bartolus *in l. his consequenter*, §.1. *verbo, Non pertinet, ff. famil. erci sc.* tradit differentiam ex Bartolo suprà, Alex. *in l. hæreditas, C. de his quibus vt indignis.*

41 Cui & illud consequens est, quòd si hæreditas relicta sit à clerico, sed indigno, qui fidem tacitam accommodauit de restituendo incapaci, cùm hæres ille indignus acquirat interim hæreditatem, dum labuntur tempora fisci, quòd ille hæres subiacebit suo fisco seculari, si ipse secularis sit; ecclesiastico, si ecclesiasticus ille sit, ita vt à clerico indigno auferat fiscus Ecclesiæ,ab hærede indigno seculari, fiscus secularis. Postquam enim indignus acquirit, non est locus nec substitutis, nec coniunctis, vt admisimus in incapace, qui nihil omninò acquirit, vnde fiscus rapit, Ecclesiasticus à clerico indigno, secularis à seculari indigno: tenent Baldus & Paulus *in l. si quis presbyter, Cod. de Episcop. & Cleric.* Ias. *in l. hæreditas, Cod. de his quibus vt indignis*, communem dicit Anton. Gomez. *in l.*9. *Tauri, num.*19. & tenet Palac. Rub. *vbi supr.*

42 Ex quibus elegans est interpretatio ad textum *in c.* 2. *de success. ab intestato*, contra Abbatem ibi, vt ille textus in illis verbis: *Quarta parentibus assignetur; & si non sint idonei parentes, Episcopus eam recipiat*, intelligendus sit de parentibus laicis incapacibus, quia si laici essent, & indigni, proculdubio ab eis auferret fiscus secularis, ex his quæ diximus contra Abbatem ibi, & conueniunt verba illa, *Si non sunt idonei*: quæ ad incapacitatem sunt referenda; ex glossa *in* §. *legati, Instit. de Legatis.* Ideò in casu illius textus attenditur persona clerici defuncti, cùm ad parentes illos incapaces nunquam peruenerit hæreditas; ideò Ecclesia in casu illius textus non successit iure fisci, sed iure bonorum vacantium; nam iure fisci potior erat causa fisci secularis.

Postremò nota ad illum textum,quòd verbum *parentes*, ibi largè pro quibuscunque cognatis positum est, vulgari accepta significatione, & est elegans interpretatio contra Abbatem, obseruatâ differentiâ indigni, & incapacis, quoad ciuiles & iuridicos effectus.

Ex his quæ diximus, meliùs resoluuntur quæ confusè admodum tradunt Afflictus, *quæ sunt regalia in vsib. feudor. vers. & quæ*; & post eum Ægidius Bossius *in practica, tit. de his quibus vt indignis bona auferantur, & ad fiscum*

non

non pertineant; obseruatâ enim distinctione indigni & incapacis, omnia ab his cumulata elucescunt.

Adde tamen, quòd fiscus auferens ab indigno tenetur ad onera, quæ incumbebant testatori, non verò ad ea quæ incumbebant indigno, *l. cùm fisco, ff. ad Senatusconsult. Syllan.* Paulus *in l. recusare, §. si fisco, ff. ad Senatusconsult. Trebell.* glossa, Bart. & cæteri *in l. eam quam, C. de fideicom.* & ibi Ias. *l. Marcellus, §. fin. ff. ad Trebellian.* 43

An autem restituenda sit hæreditas ab indigno cum fructibus perceptis ante litem motam, vide *in l. 1. C. de his quibus vt indig.* & ibi Iason.

TRACTATVS III.

De hypotheca post contractum viuente aut moriente rescisso contractu.

NOTABILIA

Ad hanc de vita & morte pignoris disputationem.

1 *Proponitur factum vnde resultat dubitatio.*
2 *Adducuntur fundamenta inducentia mortem pignoris.*
3 *Adducitur lex* vbi adhuc, §. sed & Marcellus, ff. de in diem addictione, *& lex* si res distracta, ff. quibus mod. pign. vel hypoth. soluat. in fin.
4 *Adducuntur alia iura ad hanc partem.*
5 *Adducuntur iura quæ inducunt vitam pignoris & hypothecæ.*
6 *Adducitur authoritas Bartoli ad quæstionem.*
7 *Adducitur authoritas Baldi ad quæstionem, & referuntur alij.*
8 *Quid sit in venditione cum pacto de reuendendo, & de feudo, emphyteusi, & agro vectigali, & redhibitoria.*
9 *Declaratur textus* in l. si res distracta, in fin. ff. quib. mod. pign. vel hypoth. soluat.
10 *Notatur distinctio Bartoli de voluntate directa, & indirecta, ad rescissionem contractus.*
11 *Expenditur lex* vectigali, ff. de pignoribus, *ad quæstionem propositam.*
12 *Debet quis cogitare, & sibi cauere aduersum ea, quæ accidere possunt.*
13 *Emptor annui redditus redimibilis solicitans venditorem ad redemptionem, secuta redemptione, an extinguat pignus.*
14 *Nemo debet nocere sibi, vt aliis prosit, nec debet omittere suam vtilitatem, etiamsi alij noceat.*
15 *Contrahens non debet esse ignarus personæ cum qua contrahit, nec naturæ rei de qua agit.*

16 *Dolus qui habet secum coniunctam vtilitatem & licitam, verè non est dolus.*

17 *Reuenditio facta per dolum & fraudem, si habeat causam à priore contractu, dicitur facta ex causa necessaria.*

18 *In libera alienatione durat pignus, & in redhibitoria; sed tamen redhibens tenetur redhibere liberum pignus.*

19 *Declaratur communis sententia, si res perueniat ad antiquum dominum iure priuato.*

20 *Consuetudine Franciæ animaduertitur in materia mortis, & vitæ pignoris.*

21 *In redditibus annuis venditis à Rege cum pacto de redimendo, quando censeatur facta redemptio à Rege ad vitam aut mortem pignoris.*

22 *Quòd in hoc consuetudo plurimùm prosit, & per quos probetur hæc consuetudo.*

23 *An in casu legis* 2.C. de rescind. vend. *hypotheca pereat resciso contractu ex causa læsionis vltra dimidiam.*

24 *Adducitur opinio & ratio Bartoli.*

25 *Adducitur opinio Baldi, & eius rationes contra Bartolum.*

26 *Refutatur ratio Baldi & Salyceti in modo agendi; & traditur ratio agendi in euictione.*

27 *Defenditur opinio Bartoli, & eius ratio contra Baldum, Cagnolum, & Pinellum, vt in casu legis* 2. *pignus viuat.*

1 Emptus fundus hypothecæ suppositus est: rescissa venditione, quæsitum est, an duret hypotheca, vel moriatur, quod & in cæteris contractibus rescissis ex facto quotidie agitatum est. Pauca addere libuit, quæ ad mortem & vitam pignoris pertinent, nostro more Iureconsultorum responsa sectando, deinde iuris scriptorum authoritatem adducendo, vt res hæc forensis suâ explicatione clarior elucescat.

2 Et primò, quòd pereat hypotheca medio illo tempore imposita resoluto antiquo & priori contractu, est textus elegans *in l. si res distracta* 3 *ff. quibus mod. pign. vel hypotheca soluat.* vbi res vendita est sub conditione, nisi meliorem sortem inuenero; & tamen pendente conditione pignori res data & submissa est, & tandem pignus extinguitur, inuento meliore emptore, atque adeò rescisso antiquiore, & primo emptionis contractu, ibi: *Marcellus lib.* 5. *Digestorum ait, finiri pignus si melior conditio offeratur.*

3 Secundò est textus vt hypotheca pereat & moriatur, *in l. vbi adhuc* 6. §. *sed & Marcellus, ff. de in diem addict.* vbi purè vendito, & in diem addicto fundo, si melior conditio allata sit, rem pignori esse desinere ait: *Sed & Marcellus*, inquit Paul. *lib.* 5. *Digest. scribit, purè vendito, & in diem addicto fundo, si melior conditio allata sit, rem pignori esse desinere, si emptor eum fundum pignori dedisset.* Et subdit: *Ex quo colligitur, quòd emptor medio tempore dominus est, alioqui nec pignus teneret.* Quæ verba explicant eiusdem Marcelli sensum *in d. l. si res distracta,* 3. *ff. quibus modis pignus vel hypotheca soluatur,* ibi: *Quamquam vbi res distracta est, nisi emptori displicuisset,*

pignus

pignus finiri non posset; quasi apertiùs dicat Marcellus, emptionem conceptam hac forma, *nisi emptori displicuerit*, puram esse, & emptorem verè dominum, licèt habeat resolutionem sub ea conditione: textus *in l.* 3. *de contrah. empt. Si res*, inquit Vlpianus, *ita distracta sit, vt si displicuisset, inempta esset, constat non esse sub conditione distractam, sed resolui emptionem sub conditione.* Igitur illud obiter adnotamus *ad d. l. si res distracta* 3. ne vltima pars resistat priori, verba illa, *quamquam vbi res distracta est, nisi emptori displicuisset*: non inducere conditionem emptionis, hoc est, emptionem esse puram, & emptorem verè & simpliciter dominum sine vlla conditione, *ex d.* §. *sed & Marcellus*, in vltimis verbis, & *ex d. l.* 3. esse tamen rescissionem & resolutionem eius emptionis conditionalem, quod maximè pertinet ad ea quæ dicturi sumus, & ne Marcellus contraria interim sensisse videatur.

Tertiò est textus *in l. lex vectigali*, 31. *ff. de pignorib.* ibi: *Respondi, si vt proponeretur, vectigali non soluto iure suo dominus vsus esset, etiam pignoris ius euanuisse*: qui textus iam pertinet ad aliud rescissionis genus, & de eo *infrà, n.* 6. latiùs sumus acturi. 4

Quartò est textus *in l. grege* 13. §. *statuliber, ff. de pignorib. Statuliber*, inquit Martianus, *hypotheca dari poterit, licèt sub conditione existente euanescat pignus.*

Quintò est textus *in l. in diem*, 19. *ff. de aqua pluu. arcend.* ibi: *Ideò autem voluntas exigitur, ne dominus ignorans iniuriam accipiat.* Ex quo textu non durat ius, nec hypotheca imposita ab emptore in diem, addicto prædio, nisi adsit domini antiqui expressa voluntas; quasi apertiùs dicat, rescisso eo contractu perire ius hypothecæ mediæ.

Sextò est textus *in l. fin.* §. *sed quia nostra, C. communia de legat.* ibi, *Et alienam spem decipere*: vbi non licet rem afficere hypothecæ iure, quæ aliquando alterius omninò sit futura: & pertinet decisio eius textus ad restitutiones faciendas, & ad hypothecas in ipsis his rebus medio tempore impositas.

Septimò est textus *in c.* 1. *in principio*, incipit: *Imperialem, de prohib. feud. alien.* ibi: *Vendere, vel pignorare*, & ibi: *Sine permissione illius domini, ad quem fundus spectare dignoscitur.*

Hæc sunt iura extinctionem & mortem pignoris inducentia, varia, & quæ ad varia contractuum genera pertinere dignoscuntur, quæ aut perimunt pignus, aut vt non subsistat, suadent vt nihil omninò fiat, quod antiquo venditori & domino, etiam futuro, sine eius consensu noceat.

In contrarium autem, quòd duret pignus, vel hypotheca, est textus *in l. si debitor*, 14 *ff. quib. mod. pign. vel hypoth. soluat. Si debitor*, inquit Vlpianus, *cuius res pignori obligata erant, seruum, quem emerat, redhibuerit, an desinat Seruiana locus esse? & magis est ne desinat, nisi ex voluntate creditoris hoc factum est.* Ecce quòd durat hypotheca, & creditoris requiritur voluntas, vt pereat, non verò venditoris antiqui. 5

Secundò pro hac contraria sententia est textus *in l. bouem*, 3. §. *si quis eum, ff. de ædil. edicto. Si quis eum*, inquit Iurisconsultus, *cùm consilium inierit fraudandorum creditorum, redhibuerit, non redhibiturus aliàs, nisi vellet eis fraudare, tenetur creditoribus.*

Tertiò est textus *in d.l.bouem*, *§. pignus, ff. eodem* : *Pignus*, inquit Paulus *certè manebit obligatum, etiamsi redhibitus fuerit seruus, quemadmodum & si eum alienasset* : vbi obiter nota ad ea, quæ dicturi sumus,quòd redhibitio cedit emptioni perfectæ, & puræ, & est quasi quædam voluntaria alienatio, vt iam hinc iacias opportuna fundamenta ad ea, quæ nobis ad concordiam iurium & legum sunt necessariò dicenda, & pertinent hæc ad iuris & legum apertas decisiones aliquantò difficiliores ex ipsa repugnantia,sed concordes, si ad ea, quæ diximus, mentem coniicias.

Quod verò pertinet ad authoritatem, nostrum morem secuti, Bartolus, vt ab eo tanquam antesignato duce exordiamur, vt hæc iura conciliet *in d. l. si res, ff. quibus mod.pig. vel hypot. soluat. n.* 1. distinguit in hunc modum : aut pignus soluitur ex causa necessaria antecedente, aut soluitur ex mera voluntate : & primo casu ait extingui pignus, & ita intelligi dictam legem *si res, d. §. Marcellus,d.l. lex vectigali, d.§. statuliber, d.l. in diem, d.§. sed quia nostra,* & *d.c.*1. quia pignus extinguitur ex causa necessaria apposita in ipso contractu, ex necessitate voluntatis primi vendentis, & apponentis conditiones licitas in traditione rei propriæ, *l. in re mandata, C. mandati.*

At verò si resoluatur ex sola voluntate, non verò ex necessitate antiqui contractus, & conditionis,& legis in eo appositæ, tunc ait durare & permanere pignus : & ita intelligit iura contraria, scilicet legem *si debitor, d.l. bouem, §.pignus, d.§.si quis cum*; quasi dicat apertè, quòd de redhibitoria nihil actum fuit expresse in venditione serui, seu mancipij, sed venditio fuit facta purè, & simpliciter, sine vlla conditione perfecta, & absoluta : vnde postea quando redhibetur seruus, fit redhibitio ex voluntate sola emptoris, non verò ex causa antiquiori & anteriori expressa in ipso contractu : quod & Iurisconsultus sensit *in d. §. pignus*, licèt Bart. non expendat verba eius ibi, *quemadmodum si eum alienasset* : vbi redhibitio æquiparatur nouæ, & omninò liberæ alienationi, quæ non dependet ex necessitate antiqui contractus; iam enim necessaria causa esset, & anterior, quæ ex ipso contractu nasceretur.

Secundò Bart. clariùs id ipsum explicat *in d.§. sed & Marcellus,* vbi addit rationem, scilicet quòd emptor sua voluntate non potest facere causam pignoris peiorem; at verò potest ex causa anteriore, quæ dependeat ex contractu; & idem Bart. tertiò idipsum explicat *in d. l. idem,* iisdem verbis, & est constans in hac opinione.

7 Baldus etiam *in feud. tit. quib.mod. feud. amitt. §.rursus, num.*1.*vers.secundò quæritur,*hanc opinionem eleganter determinat tenendo opinionem Bart. & est multùm attendendum ad verba Baldi pro mercatoribus : format enim ibi quæstionem Baldus, vtrum ille qui accepit pignori feudum, vassallo feudum refutante in fauorem domini, amittat ius pignoris : & ponit sibi rationem dubitandi, cur amittere non debeat, & tandem resoluit, quòd ius pignoris amittitur, his verbis : *Sed respondeo, quòd ista facultas inerat à principio ex natura rei, id est, ipsius feudi*; & mox ait, *& scire debuit hoc qui cum vassallo contraxit* : *ff. de regulis iuris, leg. qui cum alio,* quæ est lex valde notabilis. Hæc Bald. qui proculdubio consensit cum Bart.

quòd

quòd pignus extinguitur ex causa necessaria anteriore, & cohærente ipsi contractui; & addit illud pulchrum, scilicet quòd scire debuit creditor, qui cum emptore agit, & cauere sibi, *ex d.l. qui cum alio contrahit.*

Demùm Boërius vir Gallus *decis.* 181. *num.* 8. post longam, latamque allegationem, eandem tenet opinionem cum Bartolo & Baldo, vt causa anterior ex ipso contractu, vel ex natura rei ea sit necessaria, & extinguat pignus; non item voluntaria, quæ non sit vel ex natura rei, vel ex ipso contractu: & tandem *num.* 12. dicit hanc communem opinionem multos adducendo, quos ibi videre poteris.

Postremò, Tiraquellus *de retractu conuent.* §. 3. *gloss.* 1. *n.* 11. *&* 12. multa more suo allegans, hanc opinionem multos adducendo receptam resoluit communiter. Denique hæc est receptissima sententia, vt omninò respiciendum sit ad naturam contractus, ita vt si is ex causa in eo expressa sit resolubilis, planè eo resoluto ex ea causa, dicatur resolutus ex causa necessaria, extinguiturque pignus: si verò contractus sit purus, simplex, nulláque conditione perfectus, licèt posteà ex accidenti resoluatur, dicatur resolutus ex voluntate, & ipsum pignus duret, nec hypotheca perimatur. Itaque ea est causa necessaria, quæ resultat ex natura rei, & ex conditione contractus. 8

Hinc si vendas cum pacto de reuendendo, est vtilis hæc disputatio; si vendas cum conditione, nisi melior conditio afferatur, si contractus de sui natura sit resolubilis, vtputa emphyteuticus, vectigalis, aut feudalis, non soluto canone, vel denegato seruitio, aut commissa felonia, certè ex ratione legum, & recepta sententia, hypotheca medio tempore inducta resoluto contractu perit, & ita perit ex causa necessaria, quia extinguitur ex natura rei, & conditione contractus, & ex causa necessaria & anteriore.

Secus si emas seruum purè, quem pignori subiicias, quia si postea redhibeas, durat hypotheca, quia redhibitio fit ex mera voluntate, non verò vel ex natura contractus, vel ex causa ex eo proueniente; redhibere enim mancipium potes libens, & volens, quia redhibitio ex sola tua voluntate pendet, ideò durat pignus.

Ex quo restat egregia declaratio *ad d.l. si res distracta* 3. *ff. quibus mod. pign. vel hypothec. soluitur*; in priori parte ad versiculum *quamquam vbi res distracta est, nisi emptori displicuisset, pignus finiri non posse*; ideò ibi durare pignus & hypothecam, quia contractus purè est initus sine vlla conditione; nec conditio illa, *nisi emptori displicuisset*, respicit contractum, sed distractum; ideò quando displicet, libens ac volens emptor ab emptione recedit, non verò ex causa anteriore contractus; idque notauimus *ex l.* 3. *ff. de contr. empt.* vbi illa conditio, *nisi displicuerit*, non facit contractum conditionalem, sed distractum: ideo displicendo rescisso contractu, ex voluntate fit rescissio, ac subinde durat pignus & hypotheca, & est elegans ratio *ad d. l. si res distracta*, vt prior pars concordet cum posteriori. 9

Vnde cessat illa inuestigatio, an hæc voluntas sit ordinata directè ad destructionem contractus, aut indirectè, quam ponit Bart. *in d.l. vbi adhuc*, § *sed & Marcellus, ff. de in diem addictione*, ad intellectum textus *in l. lex vectigali, ff. de pignorib.* quia licèt is, qui non soluit canonem, vel committit feloniam 10

niam

niam libens, ac volens, ſciens, ac prudens deſtruat contractum, ac ſubinde pignus, quo caſu videbatur dicendum durare pignus, iuxta ſuperiùs adducta: illud tamen inſpicitur, quòd ſcilicet reſolutio contractus contingat ex cauſa neceſſaria anteriore, nempe ex ipſo contractu, & ex natura ipſius rei reſolubilis de ſui natura ex euentu conditionis. Vnde magis inſpicimus naturam ipſius contractus, ſcilicet quòd de ſui natura ſit reſolubilis adueniente condi-
12 tione, quàm voluntatem, ſiue directam, ſiue indirectam; ideò Scæuola *in d. l. lex vectigali,* expendit conditionem contractus, ibi, *lex vectigali fundo dicta eſt*: & expendit negligentiam debitoris, & creditoris, ibi, *quod tam debitor quàm creditor ceſſaſſent*: & demùm expendit ius domini, qui vtendo iure ſuo iniuriam nemini facit, ibi, *iure ſuo dominus vſus eſſet*: ideoque pignus ibi perit, quia pendebat ex neceſſaria cauſa, & anteriore ipſi contractui: ideoque etiamſi debitor libens, ac volens, ſciens, & prudens omittat ſolutionem penſionis, nihil eius conſilium plenum fraude & dolo animaduertitur; ſed id demùm, quòd dominus vtatur iure ſuo, quo caſu contractus reſolutus eſt ex neceſſaria cauſa ipſius contractus, iuxta prædicta iura, & receptam ſententiam, idque animaduertit optimè Baldus *in d.* §. *rurſus*, qui optimè loquitur; nihil enim magis voluntarium eſſe poteſt, quàm refutatio feudi, aut emphyteuſis; & tamen inquit ibi Baldus, quòd per talem refutationem extinguitur pignus, quia non attendimus voluntatem, nec indirectam, nec directam, vbi natura contractus eſt reuocabilis. Ideò dicit Baldus, quòd creditor debuit ſibi cauere, dum feudum hypothecæ ſubdebatur; & debuit ſibi cauere, & proſpicere, & tandem illud cogitare, quod res illa, quæ hypothecæ ſubditur, erat reſolubilis ex natura ipſius contractus; & proſpicere ſibi aliunde, *ex d. regula, qui cum alio contrahit, ff. de regulis iuris.* Idem Baldus ſecundò id ſenſit *in l. 2. C. de reſcind. vend. q.13. n.17.* vbi ait, quòd debemus potiùs conſiderare id, quod ex natura contractus procedit, quàm voluntatem; & ita creditor accipiens rem pignori debuit cautiùs proſpicere naturam rei, & cauere ſibi alio iuris remedio, ſeu indemnitate, iuxta latè tradita per eundem Baldum *in dict. leg. fin.* §. *ſed quia noſtra, Cod. communia de legat.*

13 Vnde ſi quis emat redditus annuos cum pacto de redimendo oblatâ pecuniâ, quæ interim ſupponantur, & hypothecæ ſubdantur ab emptore; poſſunt enim alienari & vendi, poſtquam ſemel empti ſunt, & per conſequens hypothecari, & obligari, ex his quæ notat Henricus Gandauus *quodlibeto* 8. *q.*22. Didacus *variar. lib.3. c.7. num.2. verſic.4. omnium conſenſu,* Laſarte *in ſuo tract. docto & eleganti de gabellis, c.20. n.7. verſ. atqui quod de cenſu,* iuncto textu *in c. nulli, de rebus Eccl.* ibi, *nec hypotheca*; & quotidie fit: tunc ipſe emptor, vel quia ſibi expedit habere ſuam pecuniam potiùs quàm annuos redditus, & vel dolo, vel fraude ſolicitet antiquum venditorem, vt offerat pecuniam, & recuperet, aut extinguat annuos reditus, planè hæc tam aperta & explicita voluntas nihil ad rem facit, quò minus venditio reſoluatur, ac ſubinde pignus, quia emptor facit ſibi rem vtilem; nemini autem denegatum eſt ſuam ſibi quærere vtilitatem, ſi id ſibi liceat; nec enim dolo facit qui ſuo iure vtitur, *l. nullius 66. de regul. iuris*, idque in propriis terminis

minis expendebat Iuriſconſultus *in d.l.lex vectig.*& nemo debetnocere ſibi,vt 14
aliis proſit, nec omittere ſuam vtilitatem, etiamſi aliis noceat, *l. Proculus,ff. de damno infecto*, Bald. *in c. cùm Eccl.Volaterrana , de election.* & ſatis multa adduximus ad propoſitum de eo qui moriens iam in extremo vitæ conſtitutus concubinam duxit vxorem eo conſilio,vt filium aliàs concubinarium ſecuto matrimonio legitimum faciat , vt hac arte & conſilio eum admittat ad legitimam hæreditatem, aut ad fideicommiſſum, quod legitimis debeatur, & excludat cognatos,qui aliàs erant ſucceſſuri ; quia demùm liceat vnicuique rem ſuam ſibi quærere,& facere quod ſibi ſit vtile, etiamſi aliis damnum inde proueniat. Idque latè adduximus *de Hiſpanorum nobilitate & exemptione gloſ.* 21. *num.* 60. tum etiam quia , vt dicebat Baldus *in d. §. rurſus* : cre- 15
ditor debuit ſibi cauere , & eſſe non ignarus conditionis eius , cum quo contrahebat , & cauerè alio ſibi iuris remedio : idem Baldus *in dict. §. ſed quia noſtra* : & quia ſi quis faciat actum ſibi vtilem , talis actus non debet carere effectu , quamuis aliis præiudicet , Bald. *in d. c. cum Eccleſia Volaterrana, num.* 5.

Imò plus dicam , quòd etiamſi cum vtilitate reperiatur immixtus dolus, 16
adhuc dolus , quia habet licitam vtilitatem coniunctam , non dicitur dolus, nec fraus à Iuriſconſultis , ſed diligentia. Textus melior de iure *in l. qui autem , 6. ff. quæ in fraud. cred.* ibi : *Sciendum eſt, Iulianum ſcribere , eoque iure nos vti, vt qui debitam pecuniam accepit antequam bona debitoris poſſideantur, quamuis ſciens ſoluendo non eſſe recipiat, non timere hoc edictum ; ſibi enim vigilauit* : ponderanda ſunt verba illa, *quamuis ſciens ſoluendo non eſſe* ; quia pertinent ad dolum : ſed tamen Iuriſconſultus,quia creditor rem vtilem ſibi facit, etiamſi fraudauerit reliquos creditores,diligentem illum vocat,non doloſum, ibi,*ſibi enim vigilauit* : ideoque licèt emptor ſolicitet antiquum venditorem ad redemptionem , adhuc quia vtilitatem ſuam ſibi ſolicitat, vigilat vtique ſibi , licèt in hac ſolicitudine inuoluta fraus reperiatur, & dolus mixtus ; nihil tamen ea res ad fraudem & dolum pertinet , ſed ad diligentiam, quæ nemini debet nocere.

Vnde etiamſi apertè reuenditio,aut redemptio per fraudem & dolum facta 17
eſſe intelligatur, quia tamen fit ex cauſa neceſſaria anteriore contractu, certè ex recepta ſententia & iuribus adductis rectè fit, & legitimè reſoluitur hypotheca:& ad hanc fraudem aliunde occurrendum eſt,ſc.ex edicto de his quæ in fraudem creditorum:quod edictum in pignore quoque verſatur,textus expreſſus *in l.ſi vir,* 18.*de his quæ in fraud.credit.* ibi,*actione vtili reuocabitur.* Itaque dabitur actio reuocatoria ex illo edicto,non verò hypothecaria,vtpote extincto pignore,&mortuo hypothecæ iure ; in quo tamen ſæpè aduertimus inuolutam vtilitatem fraudem tollere,*ex d. l. ſciendum,*& *d.l. qui autem.* Facit textus cum gloſſa *in d.l. bouem, §. ſi quis cum, ff. de ædilit. edicto*, vbi ſi quis redhibeat eo conſilio, vt creditores defraudet, non redhibiturus aliàs , niſi vt eos fraudaret , tenetur creditoribus : & ſubdit gloſſa quòd tenetur reuocatoriâ : & intellige illum textum in creditoribus perſonalibus , non pignoratitiis , aut hypothecariis , quia in his *ex §. pignus*, qui ſtatim ſequitur, eſt locus pignoratitiæ propter naturam redhibitionis, quæ eſt omninò libera , nihil depen-

dens ab anteriore contractu, nec à natura ipsius; quod est singulare beneficium creditorum hypothecariorum, & remedium opportunum creditoribus personalibus. Itaque creditor ad edictum recurret reuocatorium, hypothecam verò non habebit si reuenditio procedat ex causa necessaria anteriore contractus, iuxta receptam sententiam; cauebitque ne in hac fraude & dolo vtilitas inveniatur emptoris, quia ipsa vtilitatis ratio expellet fraudem, *d. §. sciendum*;
18 non enim ea res pertinebit ad dolum, sed ad diligentiam, vt diximus.

In libera autem alienatione diximus durare pignus, non in necessaria. Itaque eo casu, quo duret pignus, tenetur is qui pignori subdidit, rem liberam tradere omni pignore & hypotheca, quod vel actione empti quidem continget, vel condictione ex lege; idque patet in redhibitoria, in qua pignus durat, sed redhibitio omninò libera facienda est respectu antiqui venditoris, cui redhibetur: probat id apertè textus *in l. bouem, §. pignus, ff. de ædilit. edict.*
19 ibi: *Nec rectè redhibebit, nisi redemptum, & pignore liberatum redhibeat.*

Restant duo in hac materia opportuna & necessaria, quòd communis sententia habet locum, quando res reuertitur ad dominum antiquum, vel iure actionis emanantis ab ipso contractu, & causa anteriore expressa in ipso contractu, vt puta quia vtitur facultate redimendi expressa in ipso contractu, vel iure dominij, vt in feudo admissa felonia, vel in fundo vectigali, vel emphyteutico, non soluto canone; quo casu resoluitur contractus ex causa necessaria, vt satis aduertimus: secus est si res perueniat ad antiquum dominum alio modo tanquam priuatum, quia emit tanquam priuatus sine vlla consideratione conditionis contentæ in contractu; vel emptor legat, vel donat eandem rem antiquo domino. Nam hypotheca durabit toto tempore, quo res futura erat apud hypothecantem, *ex d. l. si debitor.* Ita resoluit Boërius *d. decis.* 181. *n.* 7. vbi latè allegat pro hac explicatione, & iuxta hunc sensum
20 intelligendus est Bartol. *in d. l. si res, n.* 1.

Secundò illud considerandum est, quòd consuetudo vniuersalis in Regno circa redemptionem horum censuum, vt hypotheca conseruetur, aut pereat, obseruanda est, quia recepta consuetudo potest facere, vt hypotheca pereat eo casu, quo debebat viuere, & permaneat eo casu, quo debebat interire, vt in simili aduertit Boër. *d. decis.* 181. *n.* 12. ibi: *Propter generalem consuetudinem in hoc Regno Franciæ obseruatam*: vbi restringitur regula *d. l. lex vectigali*, & durat in Francia in casu illius legis hypotheca, quæ aliàs interire debebat, propter generalem consuetudinem Franciæ, quæ facit bona feudalia instar legitimi patrimonij: ex qua consuetudine limitatur dictum Baldi in Francia, de quo suprà *versic. Baldus etiam in feudis, n.* 3. vt latè per Boërium vbi suprà; & non immeritò, quia talis consuetudo obseruata in Regno facit ius, *l. 6. tit. 3. part.* 1. ibi: *Esto se debe entender quando la costumbre fuesse vsada generalmente en todo el Reyno*: & est de iure, *§. ex non scripto, Instit. de iur. nat. gent. & ciuil.*
21 Vnde in Hispania, quia redditus annui venditi à Rege nostro cum pacto de redimendo, ex recepta consuetudine redimuntur à Rege nostro ad instantiam, & preces emptoris noui, nulla interueniente pecunia Regis, sed breui manu accepta pecunia directò à nouo emptore, & tradita antiquo, à quo redimitur, quod vulgò dicitur *entrada por salida*, id est, fieri id à Rege nullo

negotio

negotio cum ipso gesto; & aliquando fit sine pecunia ex sola satisfactione vtriusque, & veteris, & noui emptoris; & intelligitur factum negotium inter vtrumque, sine Regis vlla particulari intercessione, si in libris rationalibus Regis non inueniatur redditus ille annuus annotatus, & signatus hypothecâ, ipsa profectò hypotheca in hoc casu durat, quia reuerà voluntaria alienatio est veteris ad nouum emptorem; quasi nihil cum Rege gestum, nihilque actum ex causa necessaria contractus, & anteriore; & hoc est iuri consonum. Oportet enim vt hypotheca moriatur, negotium esse gestum principaliter cum Rege, ipsumque, aut alium eius nomine ex vi clausulæ redemptiuæ redemisse, nouoque emptori vendidisse: quod si breui manu fiat ab antiquo ad nouum emptorem, nihilque in libris rationaliaus repertum sit, quàm translatio eius census annui de vno ad alterum, planè voluntaria rescissio conseruat hypothecam, nisi consuetudine aliud obseruatum sit, 22
ex Boërio: *vbi suprà*, quæ consuetudo comprobabitur ex istis rationalibus, qui præsunt rationibus Regis, vulgò, *contadores de cuentas*, qui probè norunt, quæ consuetudo in hoc vigeat, vt hypotheca pereat, aut conseruetur, quod est multùm aduertendum pro istis magnis mercatoribus, qui inter se annuos istos redditus alienant, & hypothecæ passim supponunt, petitâ solâ Regis verbali redemptione, nihil ex proposito cum ipso, aut cum eius rationalibus viris, qui præsunt rationibus rei dominicæ, gerentes.

Hinc inferre licet ad quæstionem illam, an in casu legis 2. *C. de rescind.* 23
vend. duret hypotheca ab emptore intra quadriennium imposita? Bart. tenet quòd non resoluitur, *in d. l. si res*: secundò *in d. §. sed & Marcellus*: tertiò *in d. l. in diem*: sequuntur Bartolum Cumanus, Romanus & Fulg. *in d. l. si res*, Alex. *cons.* 45. *lib.* 5. *n.* 4. Boërius *d. decis.* 181. vbi communis est, & plures referuntur. Albericus *in d. l.* 2. *n.* 28. Corasius *in l.* 3. *ff. de seruitutibus.*

Ratio Bartoli ea est, quia hæc emptionis resolutio est verè voluntaria ex 24
eo, quia semper est in manu & potestate emptoris, etiamsi in iudicio condemnetur, retinere rem, & supplere pretium: facit etiam pro Bart. quia emptio fuit pura, & simplex; vnde sicuti redhibitoria non peremit hypothecam, ita nec rescissio ob læsionem, *d. l. si creditor, d. §. pignus.*

Contra Bart. tenet Bald. *in l.* 2. *C. de rescind. vend. q.* 13. *n.* 17. vbi quod hy- 25
potheca perimitur: addit tres rationes pro sua hac opinione.

Prima, quia debemus potiùs considerare id, quod est in natura actionis reuocatoriæ, quæ competit ad rem, quàm ad aliud: hæc ratio Baldi est expressè contra *d. l. si deb.* vbi non consideratur natura actionis reuocatoriæ, hoc est, redhibitionis, nisi id solum, quòd contractus fuerit purus & simplex sine aliqua conditione; idem *in d. §. pignus*, vbi redhibitoria dicitur noua alienatio: tum quia actio *ex d. l. 2. C. de rescind. vend.* vel condictio ex ipsa lege non est in rem; quod sentit idemmet Baldus ibidem *n.* 16. *ad fin.* & clariùs aduertit Pinellus ibi *part.* 2. *c.* 1. *num.* 29.

Secunda ratio Baldi est, quia res illa vendita erat affecta vitio læsionis, & subiecta decisioni dictæ legis 2. Hæc ratio reincidit in priorem, quia hoc non est considerabile; namque etiamsi *in dict. l. si debitor*, & *in dict. §. pignus*, res vendita erat affecta vitio, ex quo erat locus redhibitoriæ, tamen

id vitium non peremit hypothecam, quia prima emptio fuit simplex & pura, & redhibitio fuit voluntaria alienatio, *d.§. pignus.* Vnde idem obseruandum est in casu *dictæ legis.* 2. item quia actio vel condictio dictæ legis 2. non est in rem scripta, quasi affecta re ob læsionem; sed est merè personalis, Pinell. *d.num.*29.

Tertia ratio Baldi est, quia in casu *legis* 2. emptor est reus, in casu verò *dictæ legis si vend.& in d.§. pignus,* emptor est actor,& ibi accedebat coactus, hîc volens. Vnde Salyc. *in d. l.* 2. ex hac Baldi consideratione admittebat dictum Baldi in restitutione rei ex necessitate iudicij, secus si emptor volens rem restitueret in casu dictæ legis 2. & ita intelligebat Cagnol. *in d.l.2.n.*111. tenendam opinionem Bartoli, de qua *suprà.*

26 Sed tamen *siue* res tradatur accepta pretio post sententiam, vel antè, pendente iudicio, idem ius est, quia emptor agnoscens bonam fidem, & venditorem læsum in pretio vltra dimidiam, potest, nedum cœpto iudicio, verùm cùm adhuc lis mota non sit, rem restituere accepto pretio; & si creditor agat, dicatque ex voluntate restitutam rem, potest opponere de læsione, quam opposuisset venditor; eaque probata, reducit rem ad eum statum, in quo res fuisset à principio, quamvis sententia contra se lata esset ad rescissionem emptionis ex causa læsionis. Molin. *in consuet. Paris.* §.44. *ad fin.n.*25. idem ad Alex. *cons.* 63. *lib.* 6. Afflict. *tit. de controuers. int. vassallum, n.* 24. Didac. *variar. lib.*3. *c.* 17. *n.*6.& nos satis superque diximus *de expens. & melior. c.*23. *n.*17. *&* 18.& *de Hisp.nobil. & exempt.gl.*3.§.1. *n.*3. vbi quòd paria sunt, esse aliquem condemnatum, vel absolutum, vel perspicere ex actis, quòd possit condemnari, aut absolui: quæ omnia ad causas euictionis opportuna aliàs sunt, vt illicò possis ad iudicium vocare authorem tuum, simulatque cognoscis rem ad illum non pertinuisse; & possis rem tradere vendicanti contra venditorem euictionis causâ intentatâ, nec periculum sit, quòd tradideris, si in iudicio euictionis possis ostendere non ius tui authoris.

27 Et quamuis hæc omnia vera sint in se, certè ratio illa Baldi distinguentis inter actorem & reum in casu legis 2. *C.de rescind.vend.* non eneruat rationem Bartoli. Siue enim ex sententia res restituatur, siue ante sententiam, siue lite cœptâ, siue ante iudicium, agnitâ, vti diximus, læsione; certè ratio Baldi nihil facit contra Bartolum, semperque huius ratio militat. Non enim teneberis in omnibus his casibus rem præcisè restituere, nisi ex voluntate, quia in manu tua semper extitit supplementum iusti pretii, retenta ipsamet re, quæ est ratio Bartoli; vnde semper insurgit libera voluntas, & voluntaria traditio, & spontanea restitutio ex natura iudicij & actionis, quæ ex fundata juris ratione, & recepta sententia, pignus & hypothecam non perimit. Vnde non dubium est, meo iudicio, quin in hoc casu verior sit opinio Bart. contra Baldum, quamvis opinionem Baldi secuti sint viri graues. Cagnolus *in d l.*2. *C.de rescind.vend n.*120.& *in l.*2. *C. de pactis int.empt. & vend.n.* 199. Ant. de Fano *de pignorib.part.*5.*memb.*1. *num.*43. Pinell. *in d.l.2.part.*2. *c.*1.*num.*11. qui fortassis non aduertunt ad ea, quæ diximus de libera & spontanea, seu coacta & necessaria rescissione contractus; vnde insurgit ratio mortis & vitæ pignoris, ex qua probabilior est opinio pro Bartolo contra Baldum.

Tu

Tu lector elige,& boni consule nostram hanc de vita & morte pignoris operam : quotidiana res est.

TRACTATVS IV.

De coniugali acquæstu.

Notabilia.

1 *Acquæstus quid, & vnde descendat: & ibi variæ referuntur apud varias gentes consuetudines.*

Consuetudine Lusitana bona vtriusque coniugis communicantur inter eos,nihil disponente circa quæsita constante matrimonio, ibi.

2 *Lucra & bona mariti & vxoris qualiter diuidantur in Lusitania,Italia & Cordubæ, diligenter refertur.*

3 *Acquæstuum duo genera sunt, & quæ: & ibi lucra inter maritum & vxorem operâ & industriâ eorum facta fieri communia, & adquiri vtrique, quoad dominium & possessionem*: & n.4. & 64. & 72. & 186. & 188.

4 *Maritus & vxor possunt de lucratis constante matrimonio pro sua parte disponere ad libitum, vt de cæteris bonis.*

5 *Constante matrimonio maritus sine fraude habet liberam lucrorum dispositionem, etiam cum damno vxoris*

Donatio lucrorum inter maritum & vxorem constante matrimonio an teneat, necne,remissiuè, ibidem, *& latiùs* n.65.

6 *Maritus an possit in damnum vxoris legare quæstus factos constante matrimonio, remissiuè, & differit* n.65.

7 *Vtrum mulier præter dominium simul hypothecam in bonis mariti habeat pro securitate quæstuum, remissiuè.*

8 *Lucrum quale est, quod coniux tenetur reseruari filiis illius matrimonij,cùm ad secundas nuptias transit.*

9 *Lex* 15. *Tauri explanatur, & ibi de iure Regio legem* generaliter, C. de secund. nupt. & auth. de nuptii § si verò spectet, *seruari.*

10 *Lex* 14. *Tauri, quæ est lex* 6. tit. . lib. recop. *& lex* 15. *quæ est lex* 4. tit.1. lib. 5. recop. *in duplici genere lucri habent locum.*

11 *In Hispania societatis iure, olim consuetudine, hodie iure inductæ, inter virum & vxorem lucra diuiduntur.*

12 *Societas legitima inter maritum & vxorem, & statim fit domina vxor lucrorum pro sua parte, & verè possidet; & ibi socios omnium bonorum fieri dominos & possessores rerum societatis sine alia traditione, non tamen postea quæsitorum; ea enim iura societatis diuiduntur.*

13 *De societate viri & vxoris lex Romuli antiquissima non ineleganter consideratur bonorum diuisionem inducens.*

14 *Lex Romuli perpenditur, & ibi varios modos sacrorum à ciuibus Romanis obseruatos fuisse: alia publica, alia priuata sacra, & qualia.* n.15. & 16. *& perpenditur lex* 12. *tabul.* n.17. *& ibi ad eos sacrorum conseruationem peruenisse, ad quos pecunia.*

15 *Sacra gentilitia quæ, & vnde dicta.*

18 *Qui fuissent olim obstricti ad horum sacrorum obseruationem, quæ paterfamilias instituisset grauissima: quando apud antiquos fuit I. C. vt Cicero refert, deciditur ibi* n. 19.

20 *Varij antiquorum de sacris agentes loci enodantur, & ibi filia in sacris esse vnde dicatur, declaraturque lex* filiæ, 2. Cod. de collat. *& ibi lex* sacrilegij 9. ad leg. Iul. peculatus.

21 *Priuata sacra abierunt, & à Christiana religione recessêre.*

22 *Vxor socia est & iure diuino propter matrimonium, & iure nostro propter ciuilem societatem.*

23 *Nuptiarum verba solemnia apud antiquos pulchrè traduntur, & Caius, id est dominus latinè dicitur.*

25 *Matrimonium apud Romanos olim videbatur contrahi, si mulier virum Caium, seu dominum; vir mulierem Caiam, id est, dominam vocabat: subtiliterque consideratur textus* in auth. quib. mod. effic. legit. §. illud, *&* num. præcedenti.

26 *Vnde originem fœminas dominas vocare, seu Donna Fulana in Hispania consuetudo traxerit.*

28 *Hispani verbo*, damas, *vtuntur, quod verbum à Græco damar vsurpatur.*

29 *Bona quæsita constante matrimonio consuetudinis est apud Gallos inter virum & vxorem diuidi.*

30 *Vtrum de iure communi bona quæsita constante matrimonio communicari deberent inter coniuges, fueritne tantùm inductum de iure regni, latè disputatur & interpretatur caput* 2. de donat. int. vir. & vxor.

32 *Vsus, seu consuetudo debet probari, cùm ei resistunt iuris regulæ, nec præsumitur; quia quæ sunt facti, non præsumuntur.*

33 *Qualitas seu circumstantia præsupposita in dispositione, debet priùs adesse, quàm dispositio sequatur*, & *n.*120.

34 *Articuli ante legem* 15. tit. 9. lib. 5. recop. *circa quæsita constante matrimonio qualiter debebant formari, secundùm Suarez.*

35 *Consuetudo notoria & legalis non indiget probatione; quod limita in consuetudinibus vniuersalibus, qualis est hæc de diuidendis lucris, & de iure retractus, & consuetudo Hispaniæ quæ permittit Clericis de bonis intuitu Ecclesiæ adquisitis testari; &* n.36. & seq.

37 *Consuetudo specialis alicuius loci probari debet, vt est de bonis reducendis ad truncum, vt aiunt, de qua* in l.6. Taur. *quæ est lex* 1. tit.8. lib. 5. recop.

38 *Consuetudinem alleganti non diuidendi bona inter coniuges constante matrimonio quæsita, incumbit onus probandi; & ibi ius commune esse inter virum & vxorem ea lucra diuidi in Hispania.*

39 *Vtrum mulier propter stuprum commissum mortuo marito lucrata constante*

matrimo

matrimonio amittat, veniantque mariti hæredibus restituenda, eleganter disceptatur : *&* n. 40. & 41. & 45. cum seq.

41 *Vidua, quæ in corpus suum peccat, iniuriam marito mortuo irrogat, & secundùm aliquos dotem amittit: item vidua adhuc dicitur esse in matrimonio; eademque castitas requiritur in ea ac si matrimonium duraret.*

46 *Lex* & mulier, ff. de curat.furios. *eleganter interpretatur, &* n. 47. *meretrici curator dari non debet: item testari potest, ibid. &* n. 48.

49 *Incontinenti, & libidinoso curator dari non debet, contra Seguram intelligentem dictam legem* & mulieri, *licèt prodigo detur.*

50 *Lex* fin. §. fin. C. de sentent. paßis, *improbata Acostæ consideratione explanatur.*

51 *Vidua abiectæ pudicitiæ est, quæ etsi non sit meretrix, thorum polluit, & ibi quoddam veluti vitium esse de iure ciuili secundas inire nuptias, secus de iure canonico.*

52 *Lucrata à marito non cohabitante cum vxore, an communicentur, necne.*

53 *Quæstus ab sponso facti vxori nondum ad domum ductæ, an communicentur.*

54 *Societas legitima, lucrumque considerabile est inter sponsos.*

55 *Mortua vxore rebus vtriusque coniugis in eodem statu manentibus, quæstus à marito superstite facti hæredibus vxoris communicari.*

56 *In coëunda societate solo consensu opus est, & sponsa socia est,* n. 57.

58 *Quæstus à marito absente factos vtrique coniugi communicari, & ibi lex* 2. tit. 9. lib. 5. recop. *enucleatur. Verba legum non rusticè, sed ciuiliter interpretari debent,* ibid. *&* n. 53. in fin.

59 *Separatione culpâ alterius coniugis ciuiliter factâ, quid iuris de lucris ab altero eorum quæsitis.*

60 *Soluto matrimonio quæstus non communicari.*

61 *Res empta ante matrimonium, si pòst solutum fuit pretium, an communicanda veniat, necne? quid si fundum proprium maritus vendidit, vt alium emat* : *&* num.seq. *in vtraque quæstione vir vxori tantundem pretij tenetur refundere,* ibid.

63 *Fundum pecuniâ alterius coniugis emptum vtriusque fieri, dominus tamen pecuniam ante lucrorum diuisionem consequitur.*

64 *Lucrorum appellatione mobilia & immobilia, iura & actiones significari: tot sunt legata, quot præstationes annuæ, secus in contractibus, in quibus ab initio initi contractus vna est obligatio omnium præstationum nata.*

65 *Maritus an possit perdere lucra ludendo, scortando, & an tantundem debeat vxori refundere, & an possit istos quæstus legare,* n. 5. *& donare saltem ex causa,* num. 65.

66 *Maritus malè consumendo lucra, peccat, non tamen tenetur ad restitutionem.*

67 *Officia, quæ solent, & possunt vendi, communicantur inter coniuges, etsi non pecuniâ, sed precibus impetrata fuerint constante matrimonio, & iudicio familiæ erciscundæ, & communi diuidundo veniunt; & ibi id, quid de decurionatus & tabellionatus officiis à rege concessis* : *&* n. 68.

69 *Quæstus*

69 *Quæstus tabellionis propter exemplationem instrumentorum lucrati, deductis papyri, & transcribentis expensis communicantur inter coniuges.*

70 *Maritus, qui lucratis constante matrimonio naui impositis destinauerat ad Indos proficisci, metu pyratarum maris spreto, & vxoris, amicorum & cognatorum consilio, ei asserentium non esse suam, & coniugis substantiam tanto exponendam periculo, vtrum teneantur à pyratis naui dirempta, & captis mercibus marito mortuo eius hæredes damnum vxori resarcire.*

71 *Turpiter adquisitum, veluti ex furto vel vsura, non communicari inter coniuges; & consulit vt restituatur secretò, ne eius ratione possit de facto conueniri saltem.*

72 *Lucra à viro vel vxore constante matrimonio facta vtrique communicantur, & æqua lance vir & vxor iudicantur; &* n.3.4.& 64. *secus est de iure communi, quo lucra non communicabantur inter eos: item per liberam personam alteri non acquiri*, ibid. *& vxor libera reputatur, &* n. 12. *filius si patri operas artificiales subministrauerit, potest salarium exigere; secus si obsequiales*, ibid.

73 *Expensæ in re alterius coniugis factæ ad lucra nuptialia pertinent, consequiturque coniux partis suæ æstimationem.*

74 *Si in solo alterius coniugis vineas plantet, quid iuris, & an æstimatio debeat eo casu sumptibus coæquari*, n.75.

76 *Meliorationes factæ in rebus maioriæ constante matrimonio, sintne communicandæ coniugi, vel saltem æstimatio soluenda, latè disseritur, & ibidem legis 46. Tauri sensus & ratio*, & n.77.

78 *Dicta lex Tauri 46. vtrum procedat in meliorationibus solùm factis in fortalitiis, mœnibus, aut ædibus maioratus, ad extensionem ipsius legis, &* n.79.& 84.

81 *Si ratio legis dicto ipsius sit amplior, lex porrigi valet: &* n.82.

83 *Ratio legis animæ, verba corporis vicem obtinent.*

85 *Dicta lex 46. Tauri, ibi,* en las casas de mayoragdo, *an solùm de domo, vnde maioratus denominatur, & principaliori, an de omni domo etiam conductitia, intelligatur, affirmatur contra Gutier.*

86 *Dicta lex 46. Tauri, an sibi locum vendicet, etsi expensa magna sit.*

87 *Si meliorationes factæ in rebus maioratus, an sine læsione rei abradi possint, vt inter coniuges diuidantur, ad limitationem dictæ legis 46. Tauri.*

88 *Concesso castro munitiones ad defensionem castri concessioni cedere.*

89 *Dicta lex 46. Tauri, vtrum habeat locum in omni maioratu, etiam sine regia facultate instituto, anniuersario & Capellania.*

90 *Dicta lex 46. an habeat locum in tertio possessore maioratus res meliorante, seu reficiente quoad hoc, nempe ne possit vxor solutis tertio expensis, ex lucratis constante matrimonio partem consequi; tertius enim proculdubio expensas repetit*, ibidem.

91 *Dictæ legi Tauri in præiudicium creditorum possessoris maioratus sit necne locus, vtpote si expensis factis in rebus maioratus fiat non soluendo.*

92 *Vxor an ab hæredibus mariti aliquid consequi possit ratione quæstus coniugalis*

lis in meliorandis rebus maioratus consumpti, ad declarationem dictæ legis 46. disseritur.

93 *vsusfructus constante matrimonio cum proprietate consolidatus, ex natura propria ipsius vsusfructus non communicatur inter coniuges; consolidatus ex alia causa communicatur:* & n. seq. *respectu pretij ipsius*, n. 95. & *qualiter fieri debeat æstimatio*, n. 96.

97 *Fructus omnes à coniugibus perceptos rerum omnium, etiam castrensium, vel quasi, diuidi inter eos.*

98 *Si vir aut vxor feudum habeat, an quod feudo constante matrimonio accrescit, vtriusque fiat.*

99 *Res quæ ante matrimonium ab altero coniugum cœpit vsucapi, post matrimonium impleta vsucapione non communicatur vtrique coniugi.*

100 *Res iure retractus constante matrimonio adquisita, vel saltem pretium retractus communicetur, necne inter coniuges.*

101 *Donatio facta vxori à consanguineis mariti non pertinet ad quæstum coniugalem, nec è conuerso; & ibi in diuisione bonorum, cuius futuræ sunt res ita donatæ; viri, cuius contemplatione datur; an vxoris, latè disseritur* num. 103. & seq.

104 *Peculium profectitium est, quod à patre, vel ab alio contemplatione patris filio datur, & pleraque alia exempla in aliis etiam personis traduntur, in quibus datum alicui contemplatione alterius, perinde est, ac si daretur ei, cui is contemplatione datum fuit*, & n. 105.

106 *Xenia data sponsæ die sponsaliorum, vel nuptiarum à consanguineis viri, à viro donata intelligi; & ita regulariter.*

108 *Contemplatione mariti donatio vxori dicitur fieri, si mariti mentio in donatione habeatur;* & n. 117.

109 *Plures referuntur asserentes donationem à consanguineis mariti vxori factam statim valere, contra Bartolum communiter receptum, relatumque* n. 101. & 102. *defenditur à Bart.* n. 116.

110 *Iura & rationes, quibus prædicta sententia contra Bart. & communem nititur, referuntur,* & n. 111. & 112.

111 *Donatio facta ambassiatori, id est legato communitatis, seu Principis, vtrum Principi & communitati facta censeatur, distinguitur.*

112 *Donatum socio occasione societatis, fit socij.*

113 *Media Angeli sententia in prædicta quæstione refertur, & reprobatur,* n. 119.

114 *Donationem à coniugis consanguineis factam vtrique coniugi, ad quæstum coniugalem pertinere, indubitati iuris est.*

115 *Donatum à viri consanguineis viro, vel vxori ab eius consanguineis, inter coniuges non communicari, sed integrè donatarij fieri.*

118 *Donatio simpliciter vxori à consanguineis viri facta, non censetur contemplatione viri fieri, & quando id præsumatur, cum iudicio traditur* n. 108. & 110. *quod locum habet etsi res vxori, siue viro conueniens donetur,* contra *Angelum,* & n. 119.

120 *Qualitas præsupposita in dispositione debet dispositionem anteire, seu præcedere,* & num. 33. sup.

121 *Legis* si seruus communis,& *legis* cùm hic status,§.oratio,ff.de don.inter virum,*legis* si constante,*legis* nec inter,*legis* si te in vacuam,C.eod. *verus sensus:vxor libera quoad adquisitionẽ persona reputatur*.ibid.& n.72.

122 *Consuetudinis vi & potestate induci posset, vt donata vxori à consanguineis mariti,& eius contemplatione, vxori adquirantur.*

123 *Donatio remuneratoria alteri coniugi facta vtrum communicari debeat, &* n.125.cum seq.*ad limitationem legis* 3.tit.9.lib.5.nouæ recop. *disseritur.*

124 *Adquisitum à viro ob scientiam,artem,vel industriam,non communicari inter coniuges,& ibidem stipendia,seu salaria Auditorũ Regalium, Iudicum, Aduocatorum,& Medicorũ,ad lucra nuptialia non pertinere,contra Gutier.*

126 *Liberalis animi indoles.*

127 *Pleraque quæ inter coniuges non communicantur.*

128 *Peculium quadruplex est,& inter patrimonium & peculium quid intersit*; & *legis fin.* C.de inoffic.testam.& *legis* 5. tit.17. p.4. *intellectus*, ibi.

129 *Peculium profectitium quid, &* n.104.

130 *Ad peculium profectitium fructus eiusdem peculÿ à filio percepti pertinent, nec communicantur coniugibus*; & n.seq.

132 *Aduentitia non communicantur quoad proprietatem.*

133 *Aduentitium peculium quid.*

134 *Peculÿ profectitÿ proprietas ad filium,vsusfructus ad patrem pertinet*; *qui vsusfructus ducta vxore, acceptisque benedictionibus Ecclesiæ,filio adquiritur,nec communicatur coniugi,quoad ipsum ius vtendi,sed quoad fructus constante matrimonio perceptos.*

135 *Castrensia & quasi non diuidi inter coniuges ,fructus tamen eorum officiorum,& commendarũ constante matrimonio perceptos proculdubio,&* n.194.

136 *Peculium castrense quid* ; & ibi *valere testamentum iure militari factum præterito filio.*

137 *Castrensia an ad filium iure antiquo pertinuerint, an nouo, remissiuè.*

138 *Donatio à Principe filio vel filiæ facta, castrensis peculÿ vicem obtinet, & solùm donatario quæritur.*

139 *Peculium castrense,quod adquisiuit maritus militans expensis etiam vxoris, communicatur.*

140 *Leges quæ circa lucra diuidenda attendendæ ,si vir & vxor diuersa sortiantur domicilia, & matrimonium alibi contrahatur*, cum n.seq.

143 *Quid si vxor ignorabat leges ,vel consuetudines domicilÿ mariti , vel si putabat maritum non esse exterum*, & n. seq.

145 *Si maritus alibi domicilium habeat, & contrahat matrimonium in loco originis, quæ leges circa lucra nuptialia partienda attendendæ, & quid in bonis alibi sitis lucratis constante matrimonio*, n. 146.

147 *Donatio lucrorum nuptialium ante vel post matrimonium viro ab vxore facta , an teneat.*

148 *Lucra quærenda possunt ab vxore in necem ,seu damnum creditorum parentis & filiorum renunciari, non item quæsita.*

149 *Ex lucratis constante matrimonio debent debita eo tempore contracta solui , & ibi , quid iuris , si maritus pro alio fideiusserit.*

150 *Dos ab vtroque coniuge promissa, vel à patre tantùm, an ex bonis lucratis soluenda,*

soluenda, etiamsi soluto matrimonio à patre promittatur, & n.151.

152 *Alimenta filiis prioris matrimonij præstita, quatenus imputanda.*

153 *Fructus rei si in quinquennium maritus conduxit, si ante quinquennium moritur, an possit vxor statim mediā fructuū partem transacti temporis petere ab hæredibus mariti, vel teneatur totius quinquennij euentū expectare.*

154 *Si alter coniux secundò nupserit, filiæque prioris matrimonij dotem ex bonis communibus soluerit, quatenus soluto matrimonio teneatur.*

155 *Mulier lucris renuncians, debita constante matrimonio contracta non cogitur soluere, &* n.149. *quod locum etiam habet in mulieris hærede,* n.156. *consequeturque eo casu liberè dotem,* ibidem.

157 *Mulier an soluto matrimonio possit contra debitores marito solùm obligatos instrumentum executioni mandare pro dimidia lucrorum parte.*

158 *Hodie omnia bona vtriusque coniugis præsumuntur, olim secus.*

159 *Omnia superiùs dicta ad matrimonium putatiuum porrigi, & ad matrimonium clandestinum,* & n. sequenti.

160 *Quæstus nuptias de facto contrahentibus contra sacrosancta Romanæ Ecclesiæ statuta non communicari.*

161 *Lucra ab altero coniuge quæsita, altero bannito, vel seruo pœnæ effecto, vel propter hæresim in monasterium recluso, non diuidi, & ibidem filiumfamilias his casibus ius vtendi fruendi, quod erat penes patrem peculij aduentitij, consequi, & non confiscari.*

162 *Quæstus ab vxore factos domi viro in exilium vel ad triremes misso, non communicari; viduatur vxor his casibus,* ibidem.

163 *Culpâ alterius coniugis separato matrimonio, vtpote propter mores deprauatos, lucrata ab altero sibi acquiruntur.*

164 *Lucra à viro quæsita domi concubinâ retentâ, quâ cum postea matrimonium contraxit, non communicantur.*

165 *Iuspatronatus constante matrimonio adquisitum coniugibus communicari; marito tamen viuenti præsentatio incumbit.*

166 *Marito mortuo societas coniugalis durat inter filios & coniugem superstitem, rebus in eodem statu manentibus, & quæstus communicantur: quod limitatur* n. 169. & 170.

169 *Hæres socij mortui si cum superstite socio negotia prosequatur, continuatur societas, &* n. seq.

171 *Quæstus à marito lucratos volente sibi solùm adquirere, vxori communicari.*

172 *Lucra nuptialia coniugibus ipso iure sine aliqua agnitione communicari, adquiri, & transmitti: item an quod coniux lucratur ab altero coniuge, propriè lucrum debeat vocari, &* n.187.

173 *An quod maritus adquirit remissæ iniuriæ nomine, vel per sententiam actione iniuriarum, veniat communicandum; & ibi quis præferatur in accusatione, & omissione mortis mariti,* ibidem.

174 *Commoditatem vsusfructus etiam rerum, quæ non communicantur vtrique coniugi, communicari, ius verò vtendi fruendi non item.*

Si commoditas alicuius rei alteri fuerit coniugi concessa, non ius vtendi fruendi, vtrum communicetur, ibidem.

Ægidius Ramirez de Arellano in hoc Pintiano Senatu Senator laudatur.

 175 *Dotem,*

175 *Dotem, nec lucrata matrimonio constante pro delicto alterius coniugis no publicari, ne alteri per alterum, &c.* & n. 179. & seqq.

176 *Maritus adquisita constante matrimonio, vxore in delictum dilapsa, propter quod bona ipso iure publicantur, vtrum possit distrahere, &* nn. seqq.

178 *Maritus non præsumitur scire vxorem delictum commisisse; &* ibidem *dolum non præsumi.*

179 *Ius accrescendi in rebus quæsitis non habere locum, &* ibi *latè disseritur, vtrum si vterque coniux emphyteusin acquisierit, posteaque alter in hæresin dilabatur, noceat alteri, & quatenus,* cum pluribus nn. seqq.

183 *Maritus quæstus constante matrimonio quæsitos legans, suam partem, non vxoris videtur legare.*

184 *Maioratus ab altero ex coniugibus ex lucratis constante matrimonio an institui possit, necne, disseritur: &* n. 185. & 186. *improbato Andrea Angulo inficiatur.*

187 *Lucrum à lege delatum ad hæredes transmittitur sine aliqua agnitione, & quæ sit ratio.*

188 *Dominium lucrorum constante matrimonio adquisitorum vtrique coniugi statim communicari, &* n. 3. & 4.

189 *Hæres mariti in partis lucrorum ad mulierem pertinentis possessionem ex edicto diui Adriani non est mittendus, nec tenetur mulier mediam lucrorum partem de manu hæredis accipere.*

190 *Alter coniux constante matrimonio actione in rem petiit bona cum fructibus, soluto matrimonio ei cum fructibus restitui iubetur, an filij & hæredes mortui coniugis sibi fructuum portionem vindicare possint, necne, quæritur, quam is, cuius hæredes sunt, habiturus fuit, contra Ayoram resoluitur, &* n. 191. cum seq.

192 *Mortuo fructuario fructibus perceptis, priùs tamen quàm debeantur, quid iuris,* & n. seq.

193 *Fructus capitulo debiti, an Canonicis post collectionem fructuum electis rectè soluantur, vel hæredibus priorum Canonicorum collectionis tempore existentium.*

194 *Fructus communicantur coniugibus, etiam rerum quæ non diuiduntur, &* num. 97. & 153. *copula &, quando in disiunctiuam resoluitur,* ibidem.

195 *Sententia nihil noui concedit, sed ius quod fuit, declarat.*

196 *Fructus nomine quid veniat in hac de lucratis constante matrimonio disceptatione.*

197 *Ancillæ partus in fructu non est, & quare?*

198 *Lucrorum qualiter sit ineunda ratio.*

199 *Si lucra non extent, quis præfertur, hæres prioris vxoris, an posterior; extantibus enim lucris suum vnusquisque vendicat.*

200 *Fructus propriarum etiam rerum constante matrimonio collectos inter coniuges communicari.*

1 ACquæstum coniugalem vocamus, quem coniux suâ operâ & industriâ acquirit, vt idem significet, quod quæstus, ab acquirendo. *Quæstus,* inquit Paul.

Paul. *intelligitur qui ex opera cuiusque descendit : in l. quæstus, ff. pro socio*, & dicitur lucrum propriè, quia in hac re generale verbum *lucrum*, ad quæstum referimus, *l. sed si adiiciatur* 13. *ff. eod. Sed si adiiciatur, inquit Paul. vt & quæstus & lucri socij sint, verum est non ad aliud lucrum, quàm quod ex quæstu venit, hanc quoque pertinere adiectionem*; & notauit glossa 1. *in l. 7. tit. 20. p. 5.* Galli vocant coniugalem acquæstum, qui fit à coniuge; nos etiam lucrum vocamus nostro nomine Hispano, *ganancia*, quod ad quæstum magis quàm ad lucrum refertur, etiamsi vtriusque in hac re eadem sit vis & significatio.

Varia autem sunt horum acquæstuum & lucrorum genera, variæ apud varias gentes consuetudines. Refertur consuetudo Lusitana, quâ bona ex solis nuptiis fiunt communia; hæc verò consuetudo nihil pertinet ad bona lucrata constante matrimonio inter virum & vxorem, de qua sunt Hispana iura, *l. 1. tit. de las ganancias, lib. 3. fori leg.* & *l. 1. 2. & 3. tit. 9. lib. 5. noua recop.* ex quibus in Hispania quæsita constante matrimonio nostrâ operâ & diligentiâ fiunt communia, non dos, non hæreditas, non donatio.

Consuetudo autem Lusitana magis pertinet ad statuta Italiæ, de quibus 2
Bart. *in l. cunctos populos, C. de sum. Trinit. & fid. Cath.* vbi de statuto Perusij, vt maritus lucretur ab vxore, & vxor à viro: de consuetudine Bononiæ Archidiaconus *in c. illud*, 12. *dist.* multa adducit his simillima, Chassaneus *in consuet. Burg. rub.* 4. §. 2. *n.* 6. multa Pyrrus *in consuet. Aurel. tit. de societ. int. vir. & vxor c.* 1. multa Boërius *de consuetudinib. Bituricensib. tit. de cons. mat.* §. 1.

Consuetudo Cordubensis vnicuique coniugi sua lucra concedit; quidquid enim ibi alter ex coniugibus acquirit, sibi acquirit, de qua Simancas *Instit. Cathol. c. 9. n. 93. &* 103. diuersum ait Ayora *in præfatione, ante fin.* Ego credo Didaco de Simancas Cordub. quamuis Angul. Cordub. aliud dicat *in l. 3. gl. 4. n. 16.* ipsi viderint quæ sit sibi sua consuetudo.

Ex quibus patet duo esse genera acquæstuum inter maritum & vxorem: 3
alterum, quem alter coniux ab altero acquirit ex solo matrimonio inito subsistente, vel pacto, vel statuto, vel lege, vel consuetudine; & hoc pertinet ad ea quæ diximus: alterum qui fit à viro & vxore, eorum operâ, industriâ & diligentia, constante matrimonio; & est communis ambobus, & acquiritur vtrique & quoad dominium, & quoad possessionem, & hoc pertinet *ad d. l. 1. 2. & 3. tit. 9. lib. 5. recopil.* & *ad dict. l. 3.* & *ad dict. l. quæstus*, & *ad d. l. sed si adiiciatur.*

Vnde patet vera & elegáns declaratio *ad l. 14. Tauri, l. 6. tit. 9. lib. 5. recopil.* 4
vt & maritus & vxor possint soluto matrimonio disponere de his lucris pro sua parte, tanquam de bonis suis propriis, quia hæc lucra quæsita constante matrimonio fiunt mariti & vxoris, & quoad dominium, & quoad possessionem, & nihil de his lucris tenentur reseruare filiis eius matrimonij, in quo fuerunt facta: tenet & ita intelligit dictam legem 14. Segura *in l. 3. §. fin. ff. de lib. & posthum.* & de bonis lucratis constante matrimonio, Greg. *in l. 55. verb. comunalmente, tit. 5. p. 5.* & *in l. 5. verbo, otra manera, tit. 11. p. 4.* Didac. *lib. 3. variar. c. 19. n. 2.* Palac. Rub. *in l. 16. Tauri, n. 9.* & *in rub. de donat. inter virum & vxorem*, §. 66. *num.* 8. Anton. Gomez. *in l. 51. Tauri, num.* 76. Baeza *de non meliorandis rat. dot. filiab. cap.* 11. Guilelmus Benedictus *in c. Raynut.*

verb. & vxorem nomine Adelasiam, *num.* 788. Chassaneus *in consuet. Burg. rub.*4. §.2. *n.6.* Molin. *in consuet. Paris.* §.25.*n.*1. *&* 2. Emanuel Costa *in cap. si pater, de testam. lib.6. part.*1. *verb. legauit, num.*35. tenent moderni Interpretes Hispani *ad l.*1. & *ad l.6. tit.9. lib.5. recop.* & nos tenuimus *de expens. & melior. c.*13. *à n.*14.

Est receptissima sententia,& vera, quidquid teneat Angul. *in l.3. gl.4.n.5. vers. sed in illo articulo*, secutus Tellium. Illud enim ius, quod ille concedit vxori, nihil aliud est quàm dominium reuocabile constante matrimonio, vt diximus *d. n.* 14.

5 Constante autem matrimonio solus vir sine fraude de his lucris liberè disponit, etiam in damnum vxoris, *l.5. tit.* 9. *lib.5. recop.* circa quam legem nostri variè disputant, an vir occasione istius legis donet, de quo inferiùs *num.*65. Anton. Gomez *in l.*50. *Tauri*, *n.*73. tenet contra Suarez, & Palac. Rub. qui existimabant virum donare hos acquæstus non posse. Molina *de primog. lib.2. cap.*10. *num.6.* temperat has opiniones, quem sequitur Gutier. *quæst.*121. *pract.* & nos latiùs dicemus *num.*65. vbi vide, & dixeramus *de expens. & melior. c.*13.*nm.*19. cum Molina, vide quæ adducimus post hos omnes *de expens. & melior. c.* 13. *n.*19.

6 Ibique attigimus eam quæstionem quotidianam, an saltem in vltima voluntate alienet legando & prælegando, *dict. cap.*13.*num.*20. vbi quod suum, non alienum leget, nisi scienter id fecerit; quo casu ad regulas iuris eundum est, de quibus ibi vide quæ adducimus *d.n.*20.

Cuius occasione infra *n.* 65. eam quoque quæstionem attigimus, vtrum vir ludendo, & conuiuando, & scortando noceat mulieri in his lucris, quantumque teneatur; quæ omnia pertinent ad alienandi facultatem concessam sibi, *ex d.l.5. tit. 9. lib.5. recop.*

7 Vtrum autem mulier habeat præter dominium hypothecam simul ad effectum iuris, latè diximus *d. cap.* 13. *num.*21. *in tract. de expens. & melior.* & ibi adducimus vtilitatem huius quæstionis, & separationem inter dominium reuocabile, & irreuocabile, vide ibi.

8 Alterum autem lucri genus est, quod alter coniux ab altero lucratur, dum matrimonium initur, operante id lege, statuto, consuetudine, vel pacto, de quo lucri genere diximus suprà *num.*2. Quod enim maritus lucratur ab vxore, siue tota dos sit, siue eiusdem pars, quodque vxor à viro, vel legis, vel statuti, vel pacti conuenti, vel consuetudinis vi & potestate, id transeundo ad secundas nuptias tenebatur reseruare filiis prioris matrimonij, prohibita & omninò sublata facultate alienandi. Ita Bald. *in auth. ex testamento, Cod. de secund. nupt.* quem probant ibidem Paul. Rom. & Socin. Corn. *consil.* 269. *lib.*4. Gratus *cons.*35. *lib.*1. licèt contrarium tenuerit idem Bald. *in l. fin. Cod. de bon. mat.* Segur. *in tract. de bonis lucratis const. matrim. n.86. &* 87.

9 Ad hoc lucri genus respexit lex 15. Tauri, quæ est lex 4. *tit.* 1. *lib.* 5. *recop.* & ita intelligunt nostri interpretes, Castellus, Arias, & Gomez, post Ioannem Lupum *in l.*14. *Tauri*, Gregor. *in l.* 26. *tit.3. part.* 5. Perez ad Segur. *vbi supra*, Didac. *in* 4. *part.2. cap.* 3. *num.* 7. idem Ioan. Lup. *in repet. rub. de donat. int. vir. & vxor.* §. 50. *num.*35. Pinel. *in l. vlt. C. de bon. mat. num.*2.

*num.*2. Itaque nostro iure admissa est lex *generaliter* , *Cod. de secund. nupt.* & *in auth. de nupt.* §. *si verò expectet* : & ad hanc reseruationem, quando fieri debeat, vide Mieres 1. *part. q.*54. *de maioratu* , Emanuëlem Costam *in cap. si pater*, 3. *part. verb. censendum*, *num.*16. *de testam. in sexto* , Anton. Gabriel. *tit. de secund.nupt.reg.*1.2.*&* 3. Garrau. *in auth.ex testament. C.de secund.nupt.* Rip. *in l.fœminæ, C. eodem.* Ioan. Nicol. Arelatens. *in l. generaliter,C.eodem.*

10 Igitur duæ leges Hispanæ, lex 14. quæ est lex *6.tit.9. lib.5. recop.* & lex 15. Tauri , quæ est lex 4. *tit.*1.*lib.*5. *recop.* procedunt , & habent locum in duplici genere lucri, quod inter virum & vxorem nostris legibus reperitur, iuxta ea quæ à nobis hîc scripta sunt , & scripsimus *de expens. & meliorat. dict. cap.*13. *à num.* 19.

11 In Hispania igitur olim consuetudine, hodie iure inductum est, vt societas constet inter virum & vxorem respectu bonorum : vnde lucrata constante matrimonio obseruato societatis iure, inter virum & vxorem diuiduntur , *d. l.*14. *Tauri, d.l.*1. *tit. de las ganancias, l.*2. *fori leg. l.* 1. 3. *& per totum tit.* 9. *lib.* 5. *recop.* & quamuis à principio consuetudinis vi & potestate istud inductum & receptum fuerit , hodie tamen lege & iure probatum iam deuiat à iure consuetudinario. Ea enim lege in Hispania nostra iam inducta est quædam vitæ societas , eaque indiuidua , propter ipsum matrimonium , de qua textus *in c. cùm societas,* 27. *quæst.*2.

12 Et est quoque inducta bonorum societas ciuilis & legitima quoad bonorum quæsitorum constante matrimonio acquisitionem : quæ societas cùm sit generalis , non solùm induceret communionem earum rerum , quæ socij in societatem contulerunt , verùm earum etiam , quæ quæsitæ sunt manente societate. Quamuis enim iure ciuili in societate omnium bonorum, vel partis bonorum socij efficerentur domini & possessores societatis rerum, *l.*1.*&* 2.*ff. pro socio*, vbi glossa & Bart. id notat ; in rebus tamen adauctis post societatem initam non fiebat sociorum id quod accedebat, iudicio tamen societatis communicabatur : at nostro iure diuersum est. Vxor enim statim fit domina lucrorum pro sua parte, eaque verè possidet, quia inducta est societas indiuidua, ex iuribus suprà adductis , & est ad hoc nobis egregia lex 47. *tit.*28. *part.*3. ibi : *Otrosi dezimos , que toda la ganancia que qualquiera dellos faga , que el señorio dellos passa a los otros tambien , como si cada vno dellos la vuiesse hecho.* Ita Suar. *in d.l.*50. *n.*69. Ioan. Lup. *vbi sup.* Segur. *in l.*3.§.*fin. ff. de lib.& posth.* Didac. *in* 4. *part.*2. §.1. *n.*5. & *c.*3. *n.*7. *&* 8. Pinel. *d.l. fin. num.*2. *C. de bon. mat.* & Hispani cæteri *in d.l.*14. & 15. *Tauri* , & nouiores *in d. l.6. tit.*9. & *in d.l.*4. *tit.*1. *lib.*5. *recop.*

13 De hac viri & vxoris societate extat Romuli lex antiquissima , quam refert Dionysius, & eum referens Carrouius *in l.*2.*ff.de orig.iur.* refert Plutarch. *in præceptis connubialibus*, & hanc societatem laudat *c.*20. *Mulier nupta*, inquit Romulea lex, *viro coniuncta pecuniarum omnium omniumque sacrorum socia est.*

14 Quod autem ait lex Romulea , mulierem sacrorum omnium sociam esse debere, quia ad veterem Iurisprudentiam pertinet, paucis explicabo, vt verba Iurisconsultorum pateant. Olim antequam Pontificia iura ederentur , ante leges duodecim Tabularum non erat Romanis omnibus vnus sacrorum modus ;

modus; iam enim à Romulo, vti diximus, lege lata sacrorum societas indu-
cta erat, alia erant publica, alia verò priuata sacra; nec enim nefas erat
quemque sibi sua sacra instituere, quæ Diis ipse faceret. Plinius *in præfatione
libri de naturali historia,* inquit, *nec cui vnquam vitio fuit, quomodo possit ve-
nerari Deos.*

15 Atque hæc ipsa sacra, quæ priuata erant, aut gentis, vnde gentilitia sacra
dicebantur; aut personæ cuiusvis, ciuisvè erant: priuata verò dicebantur,
quoniam ab eis sacris alia erant, quæ populus Romanus per suos Pontifices
publicè faciebat: indicant id aliquot antiquitatis præclara monumenta, quæ
leges quoque antiquissimas explicant, & quibus nouiores elucescunt. Liuius
lib.5. Romanæ historiæ, ita ait: *Sacrificium erat statutum Fabiæ genti in colle
Quirinali ad id faciendum. C. Fabius dorso suo Gabino cinctu sacra manibus
gerens de Capitolio descendens.* Qui locus elegans est, & pertinet ad sacra
gentilitia, aut familiaria. Idem Liuius *lib.4. Roman. historiæ*, cùm de lege Ca-
nuleia agit, quâ Canuleius Tribunus plebis contendebat commiscere connu-
16 bia Patrum, & plebis, contra legem duodecim Tabularum, quæ erat de ma-
ritandis ordinibus, patrum cum patribus, plebei cum plebeio; obsistentibus
& repugnantibus Patriciis, iniquè ferentibus superbè à Tribuno abrogari
duodecim Tabularum legem, in hæc verba proruperunt, ea lege omnia hu-
mana & diuina misceri, nihil incontaminatum futurum promiscuis connu-
biis, eos, qui nascerentur, ignoraturos ciues sanguinis, quorum sacrorum
fierent: qui locus pertinet & ad sacra gentilitia patrum, & priuata plebeio-
17 rum. Lege quoque duodecim Tabularum ita de his sacris priuatis, quæ sibi
quisque elegisset, sacrificium Diis facturus, decisum erat: *Sacra priuata per-
petuò manento.* Refert legem hanc Cicero *de legib. lib. 2.* idque eo consilio,
inquit Cicero, factum est, ne morte patrisfamilias sacrorum memoria exci-
deret. Ideoque ad eos, inquit, conseruatio sacrorum peruenit, ad quos patris-
familias morte pecunia peruenisset; idque Pontificum authoritate compro-
batum ait, vt non immeritò vxor lege illa Romulea sacrorum fieret socia,
postquam & pecuniarum quoque fiebat particeps.

18 Ac tunc quidem illis sæculis, quibus lex duodecim Tabularum obseruaba-
tur, à priscis illis Iurisconsultis in dubio passim reuocabatur, quinam essent
hi, qui ad obseruationem horum sacrorum, quæ sibi paterfamilias instituisset,
obstringerentur? hanc quæstionem olim fuisse in foro Romano quotidianam
ait Cicero *lib. 2. de legib.* repletosque ait Iurisconsultorum veterum hac dis-
putatione libros; sed tamen ita communi consensu dicebant filiorum hære-
dum iustissimam & primam esse causam, eosque iustissimè esse in sacris pa-
19 rentis, eaque sacra debere apud eos permanere; quoniam, vt inquit Cice-
ro, sic existimabant veteres illi Iurisconsulti, nullam esse personam quæ ad
vicem eius, qui è vita migrauerit, potiùs accedat, quam filius hæres: dein-
de legem duodecim Tabularum extendebant ad successores ex testamento;
deinde si hæres nullus esset, in sacris patrisfamilias ponebant bonorum pos-
sessorem, deinde creditorem, quæ omnia ex Scæuola vetere Iurisconsulto di-
dicisse se Cicero ait *d. lib.2. de legibus.*

20 Hinc apud antiquiores, eosque elegantiores, passim de his sacris priuatis
mentio

mentio frequens est apud Liuium, Varronem, Ciceronem, Tacitum & alios, quos prudens omitto. Inde dimanauit vetus illa paræmia, *hæreditas sine sacris*, id est, sine onere, & absque vlla obligatione. Plautus *in Captiuis: Sine sacris hæreditatem adeptus sum offertissimam.* Plinius Secundus in panegyrico: *Non passuri erant homines abradi aliquid bonis, quæ sanguine, gentilitate, sacrorum denique societate meruissent.* Hinc Imperator *in l. filia, la 2. Cod. de collat.* filiam in potestate in sacris esse ait. Paul. quoque Iureconsultus *in l. sacrilegij 9. ff. ad leg. Iul. pecul.* distinguit inter sacra publica & priuata, cuius
verba sine his quæ adduximus, satis intelligi non possunt. *Sacrilegi sunt*, in- 21
quit, *qui sacra publica compilauerint, aut qui sacra priuata, vel ædiculas incustoditas tentauerint.* Inde Modestinus *in l. 1. ff. de ritu nupt.* ait, nuptias esse communicationem iuris, & diuini, & humani; quia scilicet fieret societas pecuniarum, & rerum, quod ad ius humanum pertinet; & sacrorum, quod ad iura diuina spectare dignoscitur, quia id iure antiquiore, lege ea iam à Romulo edita, mulier socia efficeretur & pecuniarum & sacrorum.

Nobis autem iam ista sacra priuata abierunt, qui veram religionem Chri- 22
sti colimus, estque vxor socia indiuidua societate, & iure diuino, propter matrimonium; & iure nostro, propter ciuilem societatem nobis coniuncta, *d. c. cùm societas, 27. q. 2. d. l. 2. d. l. 1. tit. de las gananc. lib. 3. fori leg. & d. l. 13. tit. 8. lib. 5. recop.*

Ex ea autem indiuidua vitæ societate & pecuniarum & sacrorum, iam inde à Romulo, & postea lege duodecim Tabularum constituta, emanauit ritus ille nuptiarum obseruatus priscis Romanis, quibus solemnia nuptiarum ver-
ba hæc erant, dicente viro: *Vbi tu Caia, ibi ego Caius*; referente fœmina: 23
Vbi tu Caius, ibi ego Caia. Hetruscum verbum Caius est, latinè *dominus.* Multa de his refert Boërius *ad Topica Ciceronis.* Itaque ex hac rerum & sacrorum societate vxores apud Romanos primùm Caiæ dictæ sunt, deinde latino verbo receptiore dominæ dici cœperunt, indeque verbo recepto & vul-
gato vxor, domina dicta est, & nomine dominæ vxorem intelligimus, *leg.* 24
vxorem 39. in princip. ff. de leg. 3. ibi: *Peto à te domina vxor mea*; vbi Albericus hoc ipsum notat, & *in l. Titia, §. qui Marco, ff. de annuis legatis*, ibi: *Scio te, domina sanctissima, de amicis meis curatura.* Vix me continere possum, quin irrideam iram & indignationem Tiraquelli mihi viri doctissimi, qui *in l. 4. connub. gl. 1. n. 11.* vocat hunc virum, de quo *in d. §. qui Marco*, virum effracti & abiecti animi, eo quòd vxorem suam vocarit & dominam, & dominam sanctissimam; nec meminit Romuleam, nec duodecim Tabularum leges, nec hanc sacrorum, & pecuniarum societatem, nec Caiæ & dominæ originem, vnde vxores recepto nomine dominæ sunt vocatæ; quod Baldus quoque sensit *in l. vlt. C. de indict. viduit.* & Iurisconsultus *in l. medio, §. vxori, ff. de auro & arg. legat.* ibi: *Semproniæ dominæ meæ hoc amplius argentum*; vbi verbum *dominæ meæ*, sonat, id est, vxori meæ: text. *in auth. quib. mod. natur. effic. legitimi, §. illud quoque*: meliùs ex antiquo illo ritu nuptiarum recepto Romanis antiquioribus, quo vir Caiam dicebat fœminam, fœmina verò Caium virum ex his quæ adduximus ex Boërio, matrimonium quoque videbatur contractum illo iure ex solo affectu, quo vir dominam suam Ti-

I tiam

tiam dicebat, ipsa verò Titia dominum suum Sempronium appellabat, ibi: *Nam introeuntes testes sine periculo mentientes, quia vir vocabat dominam*
25 *cohærentem, & istum illa similiter nominabat.* Ista enim nuptiarum probatio ad antiquum Romanorum ritum commodata matrimonium inducere videbatur, vt videas quanta antiquitate leges nouiores plenæ sint. Angel. nomine dominæ vxorem intelligit, *ibi*: sed nec ipse *ibi*, nec Tiraquell. vir doctissimus *in 4. lege connub.* satis aduertunt ad antiquum Romanorum ritum, quo Caij & & Caiæ, id est, domini & dominæ mutua appellatione nuptiæ perficiebantur, ad quem ritum applicanda sunt verba dicti §. *illud quoque melius*, & secuti sunt adhuc nouiores, Ioann. Andr. *in c. cùm secundùm, de præbendis*, & *in c. qui prior, de reg. iur. in sexto, in Mercuriali.* Milanciam vocat dominam suam, id est, vxorem suam: *& Geneseos c. 18.* Sara ita loquitur, *postquam consenui, & dominus meus vetulus est, voluptati operam dabo.*

26 Inde ex hac propria significatione deriuatum verbum est dominæ, & cœpimus honoris causâ fœminas dominas vocare. Plinius *lib. 33. c. 3. Discurrant*, inquit, *catenæ circa latera, & incerta margaritarum pondera, & collo dominarum auro pendeant.* Et Ioan. Apost. *epist. 2.* ibi, *electæ dominæ, & natis huius*; & ibi, *& nunc rogo domina.* Et Diuus Hieron. Eustochiam dominam vocat, *in regula sanctimonialium, c. 16.* & nostri quoque hunc sunt insecuti modum loquendi, vt fœminas vocent dominas, glossa *in l. si ignorans, ff. locati*, & *in l. ad egregias, ff. de testib.* & *in l. medicos, c. de profess. & medicis, l. 10.* glossa *in c. odia 24. quæst. 1.* Bald. *consil. 380. lib. 2.* Angel. *in §. vsuf. ucluarium venari, ff. de vsufruct.* Bartol *in l. inficiando, §. infans, ff. de furt.* & ibi Angel. Ioan. Andr. *in cap. vlt. de coll. deteg.* Aretin. *in l. patris & filij, ff. de vulg.* multa quoque Tiraq. *in d. l. 4. connub. à n. 14.* Antiquo enim iure ex illa societate bonorum & sacrorum, de quibus Romulea lex, & postea duodecim tabularum iure, vxor domina facta, dici quoque cœpit, deinde honoris causâ domina nominata.

27 Inde ex hac antiquissimarum legum obseruatione, & veteris iuris vsu in Hispania fœminæ nobiliores honoris causâ dominæ dicuntur, & abbreuiato quasi verbo compendio, quod proprium Hispanorum est, pro dominæ vulgari verbo donnæ sunt vocatæ, & est nobilioribus prænomen honoris causâ, veluti Donna Maria; quod & in viris receptum est.

28 Sed Hispani alio vtuntur nomine, quod quidem eandem habet significationem; siquidem fœminas nobiliores elegantiori verbo vocant *damas*, quod verbum Græcis vxor est; δάμας enim Græcè vxor est; at verò vxor Latinè domina. Itaque hoc nomine *damas*, significamus fœminas nobiliores: refert Tiraq. *vbi supra.*

29 Apud Gallos item eadem consuetudo est, vt bona acquisita constante matrimonio, communia fiant viri & vxoris; & sicut apud nos vocantur lucra acquisita, ita apud Gallos vocantur acquæstus. Ita Tiraq. *gl. 8. post leges connubiales, n. 270.* vbi allegat nostram legem Hispanam, *lib. 3. fori leg. tit. 6. l. 1. & 4.* Multa tradit Boërius *decis. 12.* & *in consuet. Bituric. de consuet. matrim.* & Chassanæus *in consuet. Burg. rubr. 4. §. 2.*

30 His omnibus adde hanc nostram consuetudinem relatam, non solùm agnitam

tam ab Innocentio, post Tancred. & Vincent. *in cap. 2. de donat. int. vir. & vxor.* vbi est bona additio ibi ad glossam *in margine* : & sunt qui existiment de iure communi id esse verissimum, seclusa consuetudine, vt quæsita constante matrimonio communia fiant vtrique, viro & vxori: allegant Ioann. Lup. de Palac. Rub. *gl. in d. c. 2. de donat. inter vir. & vxor.* idque *in repet. rub.* §. 61. idem tenebat Montaluus *in l. 1. tit. 3. lib. 3. fori leg.* Boër. *in consuet. Bitur. tit. de consuet. matr.* §. 2. similis glossa *in c. cùm societas 27 q. 2.* pro quibus videtur textus expressus *in d. c. 2.* ibi: *Possessione etiam, quæ ipsis dum simul viuerent, cuiuscunque contractus titulo communiter obuenerant.* Et rursum ibi: *Ipsum ad restitutionem dotis, & diuisionem eorum, quæ olim communiter habuerunt.* Pro hac videtur etiam textus expressus *in c. constitutus, de restit.* ibi: *Quasdam possessiones vtrique communes quibusdam vendidit.* Et quidem Spino nihil horum recordatus, nec difficultatem proponens, *gl. 18. de testam. n. 105.* securè tenet inductam esse societatem & vitæ, & bonorum.

Sed tamen verissimum est, hanc societatem bonorum totam referendam 31 esse ad consuetudinem loci, non ad ius: & ita existimandum est, & iure ciuili, & canonico solum vitæ societatem esse inductam, de qua *in cap. cùm societas, 27. q. 2.* At verò in aliquibus locis inductam esse consuetudinem de societate bonorum, ita resoluit Didac. *in 4. p. 2. §. 1. n. 5.* vbi respondet ad textum *in d. c. 2.* scilicet ibi, ea bona communia quæsita fuisse ex pecunia vxoris & mariti: & licet ipse nihil aliud alleget, idem sensit ibi glossa, Innocent. & Abbas, quo casu, vti ipsi aiunt, inducitur societas lucrorum, aliàs autem iure communi hæc lucra non erant communia, quod resoluit Palac. Rub. *in repet. rub.* §. 62. *n. 4. & 5.* Chassan. *in consuet. Burg. rub. 4. §. 2. n. 16.* Didac. & quos isti adducunt *in 4. §. 1. p. 2. c. 7. n. 5.* qui eam interpretationem agnoscunt ad textum *in d. c. 2.* & ea iuuatur ex verbis, *cuiuscunque contractus titulo communiter obuenerunt*; & ibi, *quæ olim communiter habuerunt* : nec tamen alienum est à iure sic existimare cum Vincentio & Tancredo, consuetudinem loci particularem fuisse ibi deductam & probatam, postquam ius commune ei diuisioni resistit: quod & *ad d. c. constitutus*, recipiendum est, ita vt tota ratio de communicandis lucris constante matrimonio pendeat non ex iure, sed ex statuto, aut lege prouinciali, aut consuetudine. Ita resoluunt omnes, & Suar. noster *in proœmium legum fori*; talisque consuetudo nostro nomine à nobis Hispanis vocatur *forus*, eò quòd in foro obseruetur. Et quamuis iste sit communis intellectus, tamen attentiùs considerari potest nempe ibi Sum. Pont iubere bona, quæ vir & vxor ex quocunque titulo adquisierunt, diuortio inter eos solemniter celebrato inter eos diuidi; id est, vt si communiter vterque contrahat, aliquidque ex eo contractu adquirat, diuidatur. Libera enim persona est vxor, liberque maritus: & quæ communiter illis obuenerunt, vel communiter habuerunt, vtrique adquiritur; nec absurdum est illa verba *d. c. 2.* ibi: *Cõmuniter obuenerunt ex cuiuscunque contractus titulo*; & ibi: *Quæ olim communiter habuerunt*, ita accipere, intelligendo mariti & vxoris nomine contractum celebratum fuisse, cùm id cõmuniter dicitur obuenire, quod ad plures pertinet, *arg. l. magis puto, §. fin. de reb. eor.* & §. 1. *de rer. diuis. cum simil.* Item quia illa verba text. *obuenerunt, & habuerunt*, sunt præteriti, ad initiumque referri debent adquisitionis, *arg. l. si procura-*

I 2 torem,

torem, *ff. mandat.* & §. 1. *de exhæred. lib.* nec dicat aliquis hîc nos diuinare vtriusque coniugis nomine in illo textu celebratum fuisse contractum, quia habilia præsupponere iuris non est vaticinatio, *l. qui testamento, de testam. l. siue manifestus, de condict. furt.*

32 Vnde talis vsus, vel forus venit probandus, cùm habeat contra se iuris ciuilis regulas contrarium postulantes; & id est commune in omni dispositione forensi. Ita ait Suarez noster *vbi suprà*, & Isernia *in c.1. §. item eadem lex, de natura feudi*, Afflict. *in constitut. Neap. rub.6. num.9.* Gregor. *in l.7. tit. 2. part.1.* latissimè multos allegans Burgos de Paz Senior *in l.1. Tauri, n.108.* Ioseph Mascard. *tit. de probat. part.1. conclus. 78. num. 22.* Valascus *in l. 6. Tauri, gloss. 11. n.2.* idque patet *ex l.1. Tauri*, ibi: *En lo que fueren, o son vsadas*: ex quibus verbis prædictæ leges restringuntur, vt vsu tantùm receptæ sint obseruandæ, *l. ea tamen adiectio, ff. de legat. 3. l. hac edictali, §. his illud, C. de secund. nupt.* & quia lex, quæ vsum requirit, probationem quoque vsus requirit, cùm in facto consistat vsus, *c.1. de const. lib.6. l.1. C. quæ sit longa consuetudo*, & ibi Bart. & quia facta nisi probentur, non præsumuntur, *l. in bello, §. facta, ff. de capt. & postlim. reuers. d. c.1.*

33 Quorum omnium elegans est ratio, quia in omni dispositione, siue hominis, siue legis, quando vnum disponitur, & alterum præsupponitur, ad hoc vt habeat locum dispositum, debet probari præsuppositum. Glossa *in l. mancipia, verb. ad vocandum, Cod. de seruis fugit.* notat Iacobus Butrigarius & Bald. ibi, & Roman. *singulari* 489. Decius *in l.1. n.14. C. de edend.* Curtius Iunior *in l.1. n.2. ff. si cert. pet.* Felin. *in c. nonnulli, num.34. de rescriptis*: ita argumentatur Gutierrez *cons.1. n. 16.*

34 Vnde dicebat Suarez noster vbi suprà, *n.6.* quòd Aduocati debent facere articulos de vsu huius fori, scilicet quòd obseruetur in loco, vbi agitur de videndis lucris quæsitis constante matrimonio: quod dictum hodie non habet locum post legem 15. *tit.9. lib.5. recop.*

35 Quando enim forus est notorius, & manifestus, & legalis, non indiget probatione. Bellapert. *in l.2. C. quæ sit long. consuet.* Abb. *in c. 1. de re iudic.* Alex. *cons.67. lib.7.* Decius *cons.655 n.26.* & *cons.402. n.10.* Gratus *cons.135. n.9. lib.1.* Greg. *in d.l. 7. titul.2. part. verb. Paladino*, Burgos de Paz Senior *in d. l.1. n.133.*

36 Quod quidem intelligunt Burgos de Paz *vbi suprà, num.266.* & Gregorius *in dict. l. 7.* in foris & consuetudinibus vniuersalibus, qualis est forus & consuetudo de diuidendis lucris, de quo agimus, & forus de iure retractus, ad retrahendam rem auitam, de quo *in d.l.7. & 8. tit. 11. lib.5. recop.* & forus item, vel consuetudo, vt clerici in regno possint testari de bonis quæsitis intuitu Ecclesiæ, de qua consuetudine vniuersali in tota Hispania multa Didacus *in c. cùm officiis de testam.* & post Nauarrum Sarmiento *de reddit. Ecclesiast. part. 2. c. 6. per totum*; hodie enim *ex l.13. tit.8. lib.5. recop.* illa consuetudo est probata, nec indiget probatione vlla.

37 Diuersum verò animaduertimus aduertendum in foro vel consuetudine particulari alicuius loci, quia tunc vsus fori particularis probandus est: ideoque forus de reducendis bonis ad truncum, de quo *in l.6. Taur.* quæ est lex 1.

tit. 8.

*tit.*8. *lib.*5. *recop.* est articulandus, & probandus, & tenet Palac. Rub. *in d. l.*6. *n.*35. & Valasc. *gl.*11. *num.*4. Igitur hodie non est necesse probare hanc consuetudinem de diuidendis bonis lucratis constante matrimonio, quia lege probata & approbata est, & quia est vniuersalis in Regno, nemini non satis cognita.

Ex quibus si quis contendat lucra quæsita constante matrimonio non esse diuidenda ex consuetudine contraria & particulari in loco, vbi vigeat ius commune, certè probare debet particularem illam consuetudinem, quæ iam meritò particularis est, quia contraria nostris legibus, quæ nobis ius commune faciunt, *ex l.*1. *Tauri*, & ex nostra constitutione legum nouæ recop. & ita intelligendus est Ayora *in finalibus verbis præfationis*, vt arbiter cogniturus de his lucris diuidendis, probationes recipiat quo diximus modo, scilicet vt recipiat probationes de vsu particulari huius aut illius loci, non vt diuidantur lucra, sed magis vt non diuidantur ex consuetudine contraria particulari; quia hoc de non diuidendis lucris inter virum & vxorem, est hodie exceptio à regula, quâ vniuersè constitutum est, esse in regno diuidenda lucra quæsita constante matrimonio inter virum & vxorem, *ex l.*1. *&* 3. *tit.*9. *lib.* 5. *recop.* 38

Modò adest quæstio elegans, & à nostris variè ex facto agitata, an mulier propter stuprum commissum in viduitate amittat hæc bona lucrata, quæ ex forma legis 5. *tit.* 9. *lib.* 5. *recop.* restituenda sint hæredibus viri, cum quo sunt lucrata. Verba autem legis hæc sunt, quoniam ex eorum interpretatione pendet decisio vera quæstionis: *Y otrosi mando y ordeno, que si la muger fincare biuda, y siendo biuda, viuiere luxuriosamente, &c.* & Anton. Gom. *in l.*53. *Tauri*, *n.* 8. & apertiùs *in l.*14. *Taur. n.* 17. est in hac opinione, vt propter stuprum amittat hæc bona lucrata; idque colligitur ex eo, quia æquiparat decisionem legis 5. *tit.*6. *lib.*5. *ord.* cum decisione legis 9. *tit.* 12. *lib.* 3. *fori leg.* & *l.*3. *tit.* 12. *part.*4. & cum decisione textus *in auth. de restitut. & ea quæ parit, vndec. mens.* §. *fin. coll.* 4. nihil distinguens stuprum commissum intra annum luctus, de quo *d.l.*3. à stupro commisso in viduitate extra annum luctus, de quo *d.l.*5. & *l.*9. nec distinguens hæc verba, *ficiere maldad de su cuerpo*, quibus vtitur dicta lex 3. à verbo *stuprum*, quo vtitur §. finalis: nec hoc distinguit ab eo, scilicet, *no fiziere buena vida*, de quibus *in d. l.* 9. nec hæc separat ab aliis verbis, quæ sunt *in d.l.*5. scilicet, *viuiere luxuriosamente.* Denique Anton. Gom. existimat viduam, quæ semel stuprum commisit, viuere luxuriosè, nec benè viuere, maléque corpore suo vti, vt bona amittat lucrata constante matrimonio; insuper & quidquid à viro omninò fuisset habitura; nec putat in hoc esse aliquid, nec ad verba legum, nec ad tempus stupri commissi aduertendum. Idem tenet Pal. Rub. *in rep. rub.* §. 11. *num.*6. quatenus allegat leges 9. *&* 5. quæ tunc erat *l.* 4. *tit.* 4. *lib.* 5. *veteris ord.* & *auth. de rest. & ea quæ parit*, §. *fin.* omnia eodem iure expendens: idem tenet *in rep. rub.* §.67. *in princ.* idem tenet Didac. *in* 4 *part.*2. *c.*7. §. 6. *n.* 12. Denique hi tres existimant, siue intra annum luctus, siue post annum luctus, viduam, quæ stuprum commisit, corporis sui fecisse copiam, ob idque turpiter, maleque & luxuriosè viuere, nec solùm amittere, quæ à viro ipsi prouenitur, 39

I 3

niunt, verùm bona hæc lucrata constante matrimonio, quæ pleno iure ad ipsam pertinere sæpius diximus: existimantque hæc quatuor iura diuersis suis verbis vnam eandemque rei substantiam significasse, ita vt ea vidua malé, luxurioseque viuat, quæ in corpus suum peccans stupro maritalem lectulum polluerit, siue intra annum, siue post annum luctus, meritoque eam priuari bonis his lucratis constante matrimonio, atque his etiam, quæ à viro aliàs esset lucrata: & idem tenet Auiles expresse *in cap. correct. in proœmio, n.*38. *& seq.* Idem patet ex rationibus per ipsum adductis *d. n.* 38. & quatenus ibi solam viduitatem considerat, & quatenus *d. n.* 39. allegat Palac. Rub. qui id indistinctè tenet, vti diximus. Idem tenet Montaluus *in l.*6. *tit.*2. *lib.*3. *fori legum, verb. pierda*, & loquitur indistinctè, si stuprum committat, vel intra annum, vel extra annum luctus. Idem tenet Salyc. & Modernus Hispanus *in l. fideicommissum, C. de fideic.* Denique hæc est recepta sententia nostris Scriptoribus, qui mouentur optimâ ratione, eâ scilicet, quia vidua videtur esse adhuc in priori matrimonio: textus egregius *in l.fin. C. de bon. mat.* ibi: *Siue in priori matrimonio pater, in quo filios habuit, permanere voluerit.* Ex qua ratione dicebant aliqui mulierem ita committere adulterium viduam quantum ad amissionem dotis, sicuti vxoratam, si in corpus suum peccet, violatis viduitatis honestissimis legibus. In hac opinione sunt Paul. Ias. Præposit. Hippolyt. Felin. Gerard. Ioan. Lup. quos refert Didac. *in* 4. *part.* 2. *c.*7. *§.* 6. *n.*10. quorum opinio licèt habeat quoad amissionem dotis contradictores, quos idem ibi refert; in eo tamen non est pugna, quòd vidua faciat iniuriam viro, quam fecisset viuo; & id tenet expresse Bartol. *in l. penult. C.de adult.* ex quibus Ioan. Lup. *d.§.*67.*in repet. rub. n.* 2. dicebat esse adhuc viduam in matrimonio, eandemque castitatem desiderari, ac si duraret matrimonium; idque non solùm intra annum luctus, sed perpetuò in tota viduitate; quia sicuti viuens vir affectus iniuria contristaretur, ita & mortuus, *auth.de nupt.* §. *quæ verò nunc, collat.*4. ibi: *Deum simul & defuncti animam contristaret.* Vnde sicuti vnico turpitudinis actu, adulterio commisso thorum violasset, pœnasque meruisset adulteris impositas; ita quoque vnico stupro in corpus suum peccans violatis pudoris & castitatis legibus, nec benè, nec castè esse gerens, sed luxuriosè & turpiter, pœnas quoque viduitatis violatæ sit omninò subitura, quæ sunt constitutæ, vt & lucra hæc perdat, & quæ à marito omninò esset habitura, quia delicta in ipso primo actu verificantur, *argument. text. in l. quis sit fugitiuus, ff. de ædil. edict. l. maritum, versic. qui quæstum, ff. ad l.Iul. de adult.* Bart. *in l. legatis, n.*4. *ff.de legat.* 3. Abb. *in fin.* & Decius *in c.*1.*de iudiciis*, Dominic. & Franc. *in c.*1.*de vit. & hon. Clericorum, lib.*6. qua ratione nihil hi omnes distinguunt, an stuprum intra luctus annum sit commissum, an verò post annum: nec quicquam distinguunt inter verba illa legum, an scilicet malè viuat, an luxuriosè, an in corpus peccet, an stuprum committat; totam viduitatem honestam, castam, puram, incontaminatamque desiderant, intacto semper & illæso thoro maritali: idque meritò existimant diuersis illis verbis egisse nostros legumlatores.

42 Emanuël Costa vir ingeniosus, & iuris prudentissimus *in c. si pater, de testament.* 1.*p. verb. legauit, n.* 33. distinguit stuprum commissum à vidua intra annum

annum luctus, ab stupro commisso extra annum; aitque intra annum luctus, si mulier committat stuprum, planè priuari his, quæ à viro esset habitura, ex textu *in auth. de rest. fideicom. & ea quæ parit, vndec. mens.* §. *fin. collat.*4. post annum luctus ait viduam propter stuprum nec posse, nec debere priuari his rebus, quæ à viro esset habitura: & *n.*3.*ad fin.* ita intelligit legem 3. *tit.*12. *part.*4. vt loquatur in stupro commisso intra annum, ex ipsius verbis ibi: *Si ante que passasse el año, fiziesse mal de su cuerpo:* cumque lex 9. *tit.* 12. *lib.* 3. *fori legum* generaliter disponat, quòd si mulier post mariti mortem non benè vixerit, amittat quicquid fuisset habitura à marito, nihil distinguens de tempore, sed totam viduitatem requirens honestam, ait primùm legem partitæ esse seruandam in dubio, legem verò fori vbi consuetudo vigeat, secundùm ea, quæ suprà diximus: sed hac solutione neglecta ait legem fori maximè adiuuari ex dispositione dictæ legis 3. *tit.* 9. *lib.* 5. *ordin. nouioris*, vbi indistinctè vidua, quæ luxuriosè vixerit, amittit lucra hæc quæsita constante matrimonio, sine distinctione temporis, de qua lege nos agimus; atque ita ex altera parte constituit §. finalem, & legem 3. ex altera verò legem 9. & legem 5. quasi mutuò pugnantes circa acquisitionem lucrorum, quæ fiunt constante matrimonio, de quibus *d.l.*5. & lucrorum, quæ sibi acquirit mulier à viro suo, de quibus *d.*§.*fin. d.l.*3. *d l.*9. atque in eo ponit pugnam, quod lex 3. & §. fin. annum luctus requirunt incontaminatū stupro, lex verò 5. & 9. totam viduitatem exigāt honestam & castam. Vnde quicquid sit de legato relicto vxori, an amittatur ob stuprum commissum post annum luctus, in quo lex 3. *tit.*12.*p.*4. videtur obseruanda, certè *ad d.l.*5. quæ loquitur in lucris quæsitis constante matrimonio amittendis, aut retinendis ob stuprum commissum à vidua, Emanuël Costa intra annum luctus admittit amissionem ob stuprum; extra annum non item, sed requirit mores planè meretricios, & prostitutam ferè verecundiam: atque ita interpretantur verba dictæ legis 5. ibi, *viuiere luxuriosamente*; aitque ex vno, aut altero stupro non dici viduam luxuriosam vitam agere: itaque *num.* 40. *ferè ad finem*, distinguit mulierem, quæ vitam agit turpem & libidinosam, ab ea muliere, quæ semel aut iterum in corpus suum peccauit, quasi dicat hanc non agere vitam turpem, 43
nec libidinosam. Et pro hac sua opinione noua *num.* 40. inducit textum & glossam, quem ipse dicit bellissimum *in leg. & mulieri, ff. de curat. furios.* Verba eius hæc sunt: *Et mulieri, quæ luxuriosè viuit, bonis interdici potest:* vbi glossa, *verbo & mulieri*, dupliciter explicat: primò mulierem, quæ luxuriosè viuat, intelligit meretricem; secundò interpretatur verbum illud *luxuriosè*, id est, lautè, profusè, & splendidè, prodigali quadam luxuriâ, & immodicâ epularum lautitiâ, & nimio vestimentorum vsu, & rerum copioso, aut dicam otioso apparatu: hæ sunt glossæ duæ interpretationes, quarū prima est pro Emanuële Costa, quatenus glossam interpretans, per illa verba, scilicet *mulier quæ luxuriosè viuat*, meretricem intelligit, non eam quæ semel aut iterum peccauit in corpus suum, ex quo glossæ intellectu ait verba illa *in dicta lege* 5. scilicet, *viuiere luxuriosamente*, intelligenda esse de ea vidua, quæ viuit meretricio more, ac proinde non esse eam viduam priuandam bonis suis lucratis, quæ semel aut iterum ad turpitudinem prona, stuprum commiserit. Itaque Emanuel Costa expectat

ad amissionem lucrorum in vidua meretricios mores, & omninò turpiter abiectam & prostitutam verecundiam.

44 Secundò allegat Acosta textum *in l.fin. Cod. de sentent. pass. & rest.* §.*fin.* ibi: *Nam si patria potestate ad corrumpendi atque effundendi patrimonij licentiam abutatur, vt furioso ac dementi, item prodigo, libidinum omnium, vitiorumque seruo, non est pecunia eorum committenda:* allegat ad idem textum *in l. his solis, C. de reuocand. donat.* ibi: *De cæteris autem, quæ portentosæ vilitatis, abiectæque pudicitiæ sunt, satis etiam cautum tacitè putamus; quis enim est, qui his aliquid arbitretur tribuendum esse, cùm etiam illis quæ iure secundas tantùm contraxerunt nuptias, nihil ex his priuilegiis tributum esse velimus:* vbi glossa portentosam vilitatem, & abiectam pudicitiam vocat mores planè meretricios. Deinde ait idem Costa, quòd verbum *luxuriosam,* denotat officium & consuetudinem, ita vt ea luxuriosè viuat, quæ habeat officium & morem peccandi. Hæ sunt rationes Costæ, quibus putat viduam semel aut iterum stupro commisso, abiecta honestate, & violato thoro maritali, conculcatisque legibus viduitatis, nisi planè impudens meretricios agnoscat mores, priuari acquæstibus non posse; huiusque sententiam sequitur securè Gutierrez *pract. q.* 122. *lib.*22. *ad d. l.* 5. Azeuedo verò non subterfugit, ne rusticè loquar, sed quæstionem omisit, *in dict. leg.* 5. *titul.* 9. *lib.*5. *recopilat.*

45 Ego verò, vt liberè dicam quod sentio, licentiosam existimo Costæ, præceptoris mei, opinionem, vidualique honestati maximè damnosam, dum meretricios expectat mores, planeque effrenem & dissolutam libidinem ad amissionem ac quæstuum; nec puto eius opinionem satis firma confirmari ratione. Nam primùm, vt diximus, textus *in d.l.*5.& *d.l.*9. & *d.l.*3. iuncto *d.* §. *fin. in auth. de restit. fideicommiss. & ea quæ parit, vnd. mens.* diuersis verbis vnam faciunt sensus consonantiam, eandemque substantiam, vt scilicet viduitas sit vndequaque honesta, thorusque maritalis nulla labe pollutus, & matrimonium, quod legis intellectu durat & permanet superstite vidua, *ex d. l. fin. C. de bon. mat.* perpetua honestate decorum, nec vllo adulterij crimine contaminatum: & planè ita sentiendum est, leges illas mutuò sese explicare, mutua interpretatione concordes, siue intra annum, siue post annum luctus vidua pudicitiam abiecerit, quæ stupro certè commisso retineri non potest, cùm corruat, & primo impudicitiæ actu intereat, vt diximus; durumque sit expectare meretricios mores, quos ex glossa *in c. vidua,* 34. *dist.* nisi ex congressu cum vigintiquatuor millibus virorum, aut cordatiùs, nisi cum tribus viris ad minus, ex Iurisconsulto *in l. palàm, ff. de ritu nupt.* planè nunquam induces, quibus expectatis inutilis legum fit dispositio, & secura viduæ inuerecundia, impunitaque thori nuptialis pollutio, & castitatis abiectæ macula sine vlla seueritatis & pœnæ formidine, adeò vt hæc tam honesta, tam iusta, tam sancta opinio, tot tantisque, & tam doctis viris recepta, non sit leui, nec satis firmo argumento relinquenda.

46 Nam primùm ea ratio, quam fortissimam Costa existimat ex glossa & textu *in l. & mulieri, ff. de curat. furios.* de qua suprà *n.* 40. mihi certè debilissima est, nihilque omninò ad propositum facere existimo, si veram iuris rationem

nem amamus. Quod enim pertinet ad verba Iurisconsulti, vt ab eo exordiamur, antequam ad glossam accedamus, quam bellissimam vocat Costa, verba Pauli hæc sunt: *Et mulieri, quæ luxuriosè viuit, bonis interdici potest.* Quæ verba nec possunt, nec debent intelligi de fœmina meretrice, quæ stuprum frequentet, quæque corporis sui passim faciat copiam. Nec enim scriptum est, vt fœminæ inhonestè viuenti curator detur, quod resoluit Arias Pinel. *in l.* 4. *C. de bon. mat. num.* 21. & est verissimum, vt ipse resoluit contra Cumanum *in d. l. & mulieri*, & contra Felin. Abbat. & Decium *in cap. Pastoralis, de iudiciis.*

Vnde ipsemet Arias Pinel. *vbi suprà*, reprobat cautelam Baldi *in c. cùm decorem, de ætate & qualit.* quam sequuntur Ias. *in l.* 4. §. *sed quod meretrici, n.* 2. *ff. de condict. ob turp. caus.* & Ferrarius *cautel.* 6. & alij, quos ipse adducit vbi suprà, *n.* 20. aiunt hi legitimos hæredes posse facere, vt curator detur fœminæ meretrici, *ex d. l. & mulieri*, ac subinde effici posse ne testari possit, ex regula textus *in l. is cui lege, ff. de testam.* cùm aliàs meretrix testari possit, cùm id nullo iure prohibeatur, ex Baldo *in l.* 1. *C. de cond. ob turp. caus.* Ias. *in l. miles, n.* 17. *ff. de re iudic.* Alberic. *in l. si quæramus, ff. de testament.* & *in l. qui vas, §. fin. ff. de furt.* Sed tamen Arias Pinell. optimè hanc ipsam cautelam reprobat, ex eo quòd habeat falsum fundamentum; putat enim hæc cautela, & eiusdem authores existimant, dictam legem *& mulieri*, intelligi de muliere meretrice, quæ sui corporis passim facit copiam, idque falsò, vt ipsemet Pinel. *d. n.* 21. resoluit, & optimè: & quamuis glossa *ibi in prima explicatione*, intellexerit verbum illud, *Et mulieri quæ luxuriosè viuit*, de muliere meretrice, & quæ sui corporis copiam facit, ipsa tamen recedit ab hoc sensu, & seipsam corrigit, secundumque intellectum veriorem & receptiorem adducit, quem Scribentes quoque recipiunt. Denique intellectus Costæ cum glossa *in d. l. & mulieri*, reprobatur etiam à seipsa, nec est vera in se, applicata ad textum *in d. l. & mulieri:* vbi verbum illud, *quæ luxuriosè viuit*, nec potest, nec debet intelligi de muliere inhonesta, & quæ sui corporis faciat copiam: & ita corruit præcipuum fundamentum Costæ, qui ex verbo illo, *luxuriosè viuit*, extorquebat intellectum *ad l.* 5. *titul.* 9. *libr.* 5. *recop.* vt ea fœmina diceretur luxuriosè viuere, quæ meritricio more sese prostitueret, cùm nihil minùs verba illa sonent, & planè reprobus sit ille sensus, & planè reprobetur ab ipsamet glossa *in d. l. & mulieri*, quæ author extitit eius sensus, ex his quæ diximus. 47

Verus autem sensus ad verba dictæ legis *& mulieri quæ luxuriosè viuit*, is est, vt ei mulieri detur curator, quæ luxuriosè viuat, id est, ei quæ immodicos faciat sumptus, & lautè, profuséque viuat epularum apparatu, nimioque vestium ornatu, & rei domesticæ vano & otioso ornamento lasciuiens. Id enim pertinet ad luxuriam, id est, nimiam, profusamque rerum omnium copiam, & meliorum vestium, epularumque lautiorum effusionem, etiamsi ea fœmina nihil committat, quod ad turpitudinem corpoream pertineat. Ita accipit Cicero *pro Muræna*, dum priuatam luxuriam damnat, publicam verò laudat magnificentiam; vnde agros eos dicimus luxuriari, qui frugum nimio incremento proueniunt; & animos etiam luxuriari dicimus rebus secundis; 48

& iuuenilibus annis luxuriant animi, id est, immodicè gaudent, & lætantur: quo sensu vtitur hoc verbo eleganter Vlpianus *in l. ex damni* 40. *ff. de damno infect. Ex damni*, inquit, *infecti stipulatione non oportet infinitam, vel immoderatam æstimationem fieri, vtputà ob tectoria, & picturas. Licèt enim in hoc magna erogatio facta est, attamen ex damni infecti stipulatione moderatam æstimationem faciendam, quia honestus modus seruandus est, non immoderata cuiusque luxuria subsequenda.* Hæc Vlpianus.

49 Hanc interpretationem *ad d. l. & mulieri*, agnouit glossa *ibi in secunda & posteriore explicatione*, & agnoscit Aretinus *in l. is cui bonis, ff. de verb.* & ibi refert plures Ripa *n.*17. & comprobat Anton. Augustin. *lib.*4. *emendat.c.*11. plures adducit Pinel. *in l. fin. C. de bonis mat. n.* 22. reprehendens Seguram *in l. Imperator, ff. ad Trebell. ad fin.* qui *ex d.l.& mulieri*, scriptum reliquit, incontinenti viro, & libidinoso curatorem dandum; expendens verbum, *&*, *in d. l. & mulieri*, quasi verbum illud implicet, vt non solùm viro, sed mulieri detur curator: & tandem *n.* 24. idem Pinel. contra Seguram optimè resoluit, adductis Speculatore, Alberico, Cumano, Felin. Decio, Gomezio, Ioan. de Palac. Rub. Boërio, & aliis, quos apud ipsum videre poteris. Ratio omnium est, quia nec fœminæ, nec viro libidinoso & venereo curator dari possit, nisi prodigus sit: ad hanc autem prodigalem luxuriam respexit Iurisconsultus *in d.l. & mulieri*, non ad venerem, & libidinem: vnde fundamentum Costæ destruitur, vt nec textus *in d.l. & mulieri*, nec glossa *ibi*, quicquam pertineant ad mores meretricios, quos ipse in vidua desiderat, vt acquæstum coniugalem amittat, prostitutâ semel verecundiâ, & turpiter conculcata viduali honestate, pollutoque thalamo maritali.

50 Ad secundum fundamentum Costæ *ex d. l. final. Cod. de sentent. passis & rest.* facilis responsio est, expensis & retentis quæ diximus proximè *num.*45. *&* 46. Textus enim ille *in §. final.* ibi: *Nam si patria potestate ad corrumpendi atque effundendi patrimonij licentiam abutatur, vt furioso & dementi, item prodigo, libidinum omnium vitiorumque seruo, non est pecunia committenda*; magis pertinet ad effusionem patrimonij, & immodicos sumptus, quàm ad solam veneream libidinem, quod patet apertè ex verbis ipsis, nulla inductione egentibus.

51 Ad tertium fundamentum Costæ, quod est *ex l. his solis, Cod. de reuocand. donat.* respondemus satis portentosæ vilitatis, abiectæque pudicitiæ esse viduam, si ad honestatem secundarum nuptiarum conferas, vt confert & comparat Imperator, quæ thorum virilem, thalamumque coniugalem, abiecta honestate, prostitutaque verecundia polluit; nec indigemus moribus meretriciis, perempta fide, pudicitia, pudore, & honestate: namque si Imperator suo sibi iudicio in secundis nuptiis fœmineis aliquid punibile esse existimauit, quod agnouit poëta Hispanus suo elegenti carmine Hispano, egregio, & erudito:

A ti muger vimos del gran Mausoleo,
Tu que con lagrimas nos prophetizas,
Las maritales tragando cenizas,
Seruicio biuda mas que de vno solo.

Si igitur quoddam veluti vitium est, ex Imperatoris sensu, ad secundas fœminam

minam prouolasse nuptias, quod quidem iure canonico non fatemur, & verius, sed Imperatoris proponimus sententiam, & ex ea eiusdem argumentum, quo vtitur *in d. l. his solis*, argumentando ab honestate secundarum nuptiarum ad turpitudinem stupri commissi; & meritò ait eam viduam portentosæ libidinis, & abiectæ vilitatis, quæ sine nuptiarum honestate, quantumvis secundarum, sese veneri, voluptatique tradiderit. Itaque dicta lex *his solis*, nihil pertinet ad mores meretricios, quos requirebat Emanuel Costa, neglecto vno aut altero stupro. Semel enim aut bis commisso stupro, perit pudicitia, moritur honestas, iacet decor, prosternitur verecundia, polluitur thalamus coniugalis, legesque coniugales omnes vno ictu intereunt & moriuntur.

Ad postremum argumentum Costæ, quo contendit ea verba, *viuiere luxuriosamente*, denotare officium, ac subinde multiplicatos actus, satis respondemus *num.* 38. pudicitiam & honestatem vnico actu interire, nec indigemus ad hoc longa probatione, si expendamus rei naturam, de qua agimus, & quæ adduximus *d. num.* 38. 52

Omnia autem quæ dicimus de lucris & acquæstibus, vt communicentur inter virum & vxorem, intelligimus, vt hæc lucra locum habeant, postquam vir & vxor cœperunt simul cohabitare, & adhuc cohabitant eo tempore, quo hæc lucra fiunt: ita tenet Ioan. Lup. de Palac. Rub. *in rubr. de donat. inter vir. & vxor.* §. 62. Didacus à Segura *in l. vnum ex familia*, §. *sed si fundum*, *ff. de legat.* 2. Nicolaus Boërius, qui dicit apud Gallos communi vsu receptum esse, *decis.* 22. *num.* 33. At verò Chassaneus ad longum disputat *in consuet. Burg. rubr.* 4. §. 6. sed tandem ait hanc opinionem, scilicet quòd requiratur cohabitatio, & lucra facta sint durante cohabitatione, probatam fuisse iudicio Prætorij Parisiensis: idemque ait Boërius *in consuet. Bituric. tit. de consuet. mat.* §. 1. & apud nos idem tenet Didacus, qui mihi multorum instar est, *in* 4. *part.* 2. *c.* 7. §. 1. *n.* 6. qui allegat legem 205. stili, & nobis est lex expressa *in l.* 2. *tit.* 9. *lib.* 5. *recop.* ibi: *Ganaren o compraren estando de consuno*; & ex his verbis tenet Auendañ. *respons.* 10. *lim.* 6. Gutierrez *de iurament. confirmat.* 1. *part. c.* 7. *num.* 56. *&* 66. Gamma *decis.* 357. Et licèt Didacus alleget Ioan. Lupum de Palac. Rub. pro contraria opinione, mihi certè ille *in l.* 16. *Tauri*, *num.* 12. idem tenet, etiamsi postea disputet quæstionem de viro sponso negotiante cum pecunia dotali, sponsâ nondum traductâ ad domum: quæ facti species longè differt à nostra hac, quam tractamus simpliciter, scilicet, an quæsita ab sponso, nondum sponsâ traductâ, sint communia tanquam quæstus coniugalis: hæc autem quæstio benè deciditur ex superiùs adductis, scilicet non fieri communia, quia inter ipsos nulla adhuc est societas, nec sunt simul, hoc est, *de consuno*.

Vnde quamuis dominus Didacus reprobet Ioan. Lupum de Palac. Rub. 53
in d. l. 16. *Tauri*, ego puto in specie, quam ipse proponit *num.* 13. eius opinionem sequendam, scilicet si sponsus ante traductionem sponsæ ad domum, acceptâ pecuniâ dotali negotietur cum ipsa. Nam hoc casu sponsa habebit medietatem acquæstus facti per sponsum, & ait Ioan. de Palac. Rub. *ibidem*, *num.* 28. *ad fin.* quòd hæc opinio videtur sibi securior, & rationi & iuri magis consentanea; & mihi certè verissima est, quia reuerà societas iam

est contracta ex legitimo matrimonio, ex sæpiùs allegato capite *cùm societas*, 27. *quæst.* 2. Tum etiam reipsa contributâ pecuniâ dotali, quasi expectatâ solâ industriâ viri, quo casu mutuo consensu societas contracta est: & ait idem Ioan. Lupus de Palac. Rubios, *num.* 21. *vbi suprà*, quòd hæc ratio bene probatur *per totum c. & ff. pro socio*, estque mihi textus expressus *in l. societatem*, 4. *ff. pro socio*: *Societatem*, inquit Modestinus, *coire re & verbis*, *& per nuncium posse nos, non dubium est.* Cùm ergo inita reperiatur societas coniugalis, itemque legalis, planè communia quæsita esse debent, debetque communicari acquæstus hic coniugalis ex genuina ratione legitimæ societatis. Facit lex 1. *tit.* 10. *part.* 5. & quæ notat Greg. *in l.* 10. *eodem tit. & part. gloss.* 1. *ad fin.* & Ioannes Lupus *in dict. l.* 16. *Tauri*, *num.* 17. quæ videre poteris.

Quod si simul adhuc non cohabitent, nihil refert, meo iudicio; quia ego non induco communicationem acquæstus ex eo capite, quòd simul cohabitent, sed ex eo, quòd sint socij diuini & humani iuris, & quia inter ipsos planè reperiantur integra iura societatis: addo etiam quod verba illa legis 1 *tit.* 9. *libr.* 5. *recop.* ibi: *estando de consuno*, hoc est, *stando simul*, habent ciuilem interpretationem; hoc est, si sint simul in societate; nec enim, vt ait Iureconsultus *in l. ad exhibendum*, *ff. ad exhibend.* verba legum captanda sunt, sed quo sensu, quidque dicatur, id expendendum est. Et hoc voluit etiamsi aliter respondeat Ioan. Lupus *ibid.* *à num.* 25. ait enim sibi sufficere, quòd sponsus & sponsa reperiantur socij. Ego addo, iure societatis diuinæ contracto matrimonio; & humano contributâ pecuniâ, vnde aut dicendum est, quæsitum ex ea pecunia esse sponsæ, aut communicari; quod ego magis probo.

54 Præterea considero, quòd inter sponsos est lucrum considerabile, & societas legitima, quam agnouit ius *in l. Deo nobis*, *C. de Episcop. & Cleric.* ibi: *Vnusquisque eorum res suas recipiat, quas pro dote, vel ante nuptias donatione receperat, & hoc tantummodò lucri nomine consequatur ab eo qui solitariam vitam elegerit.* Præterea ad effectus iuris nihil consideramus cohabitationem. Textus egregius *in l. cùm hic status*, *§. si mulier & maritus*, *ff. de donat. inter vir. & vxor.* ibi: *Non enim coitus matrimonium facit, sed maritalis affectio.* Textus *in l. nihil*, *ff. rerum amotar.* *Nihil*, inquit Vlpianus, *interest*, *vtrum simul, an separatim habitauerint, cùm actio rerum amotarum competat aduersus eam, quæ ex ea domo se subtraxerit, in qua non simul cum viro habitabat.* Vnde dicebat Bald. *in l.* 1. *Cod. vnde vir & vxor*, quòd deficientibus coniunctis, vir & vxor ab intestato vocantur, & quòd hoc habet locum in vxore nondum traducta: ratio est, quia quoad effectus iuris nihil cohabitationem & coitum consideramus, *d. l. nihil*, *d. §. si mulier*, *d. l. Deo nobis*: cætera vide apud Palac. Rub. *d. l.* 16. *à n.* 13.

55 Tum etiam, quia soluto matrimonio per mortem vxoris, rebus vxoris & viri in eodem statu manentibus, sine actu vllo, qui diuisionem patrimoniorum inducat, maritus superstes retinet omnia bona communia, societasque ipsa durat, & lucra quæsita communicantur viro & legitimis filiis vxoris mortuæ: quo casu vir & vxor non sunt simul, hoc est, *de consuno*; sed id fit

ratione societatis permanentis. Ita tenet Palac. Rub. *in d l.16. Tauri, n.20. & 21. per l.9.* quæ incipit, *si vn home, tit.3. lib.5. fori leg. l. generosum*, & *per l.6. tit. de los labores, part.4. lib.3. fori leg.* & tenet Gregor. *in l.10. part.5. gloss.1. ad fin.* Castillo *in l.16. Tauri, num.52.* Segura *in l.1. §. fin. ff. de liberis & posth. num.74.* Perez *in l. 4. tit. 4. lib. 5. ordin.* longè latéque disputat Matienzo *in l.2. tit.9. lib.5. recop. à num.9.* vbi videre poteris, quando hæc societas continuata post mortem vxoris, & quibus actibus videatur sublata: dicimus infrà, *num.*116. ibi vide. Nunc rebus sic se habentibus vti sese habebant in vita vtriusque coniugis, nihilque immutato, reuerà societas durat, & acquæstus fit communis viro & filiis, eisdemque hæredibus vxoris. Si igitur 56
mortua vxore hoc fit, quid obstat cur non fiat, sponsâ, nondum ad domum traductâ, cùm in contrahenda societate solo consensu opus sit sine vlla verborum solemnitate, *l. si stipuler, §. fin. ff. de verbor.* notat Ioan. Faber *Instit. de societat.* §. 1. Vnde re ipsa quod contractum est matrimonium inter sponsos, ac insuper contributa pecunia dotalis, videtur contracta societas inter illos, etiamsi non cohabitent, per Bartol. *in l. Titium, §. altero, versic. quæro an societas, ff. de administr. tutor.* & sponsa dicitur socia, Speculator *tit. de feudis, §. quoniam, vers. vigesimò.* Cum ergo re ipsa & consensu inita sit so- 57
cietas & diuina & humana, planè fit communicatio bonorum, *ex l. 1.* vbi Bald. & alij, *ff. pro socio*: cúmque separato matrimonio morte vxoris inueniatur hæc ipsa communicatio, nihil obsistente dicta lege 2. ibi, *estando de consuno*, planè idem sentiendum est in sponsa, propter iura societatis, quæ inter sponsos traditâ præsertim pecuniâ reperiuntur.

Prætereà, si semel vxore traducta ad domum viri peregrè abeat, vt lucre- 58
tur bona, aut vt negotietur, aut legationis gratiâ, aut aliam quamuis ob caussam publicam, aut priuatam, etiamsi non sint simul, hoc est, *de consuno*, vt *in d.l.2.* sæpiùs allegata, certè lucra communia sunt. Nec enim requiritur perpetua & continuata per omne vitæ tempus cohabitatio, vt iura de viro, & vxore habeant locum, quod tenet Palac. Rub. *in rub. §.64. num.15.* & §. 34. *num. 1. 2. & 3.* Multa Gomezius Leon *in centur. c. 1.* & est mihi textus elegantissimus *in l. cùm hic status, §. si mulier & maritus, ff. de don. int. vir. & vxor.* ibi: *Si mulier & maritus diu seorsum habitauerint, sed honorem inuicem matrimonio habeant; quod scimus interdum inter consulares viros subsecutum.* Data enim semel cohabitatione, & perpetuâ matrimonij fide, & continuato honore, tunc quidem locus est acquæstui & lucro, ciuiliterque interpretamur verba dictæ legis 2. vt simul esse, hoc est, *de consuno*, intelligantur: quæ verba diximus suprà *n.50.* non esse captanda, sed ciuiliter accipienda. Ciuilis autem interpretatio ea est, vt tandiu duret societas, & communio acquæstus, quandiu durat maritalis affectio, *d. §. si mulier, d. l. nihil*, & quæ superiùs diximus.

Si tamen separatio viri & vxoris, & cohabitationis mutuæ facta sit pro- 59
pter culpam mariti, vxor nihilominus lucrabitur medietatem acquæstus facti à viro iam seorsum habitante. Pone maritum admisisse adulterium, vxore conquesta & diuortio facto, quia ob culpam sit viri, communicabitur vxori acquæstus factus à viro. Pone propter sæuitiam viri diuertentem fœminam,

fit acquæstus viri communicatio. Finge liberiores vxoris mores, seorsum agens vir acquæstus quoque fœminei partem habebit: tenet Ioan. Lupus de Palac. Rub. *in d.l.16. num.35.* & *in rubr. de donat. inter vir. & vxor.* quem locum ipsemet allegat, & est *in* §. 64. *n.*10. & tenet Didacus *in 4. part. 2.c.7.* §.1. *n.6. ad fin.* vide infrà *n.*162. & 163.

60 Quando autem in totum dirimeretur matrimonium, tunc cessaret acquæstus communicatio: ita intelligo Seguram *in l. vnum ex familia,* §. *sed si fundum, n.* 31. & 37. *ff. de legat.* 1. & quæ adducit Gutierrez *de iuram. confirmat.*1. *part.c.*1. *n.*61. & à Gomezio adducta *in l.*53. *Tauri, n.*72. Matienzo *in l.2. tit.9. lib.5. recop.* & Castillo *in d.l.*16. *num.*52. Gamma *decis.* 37. *n.* 1. & Azeued. qui hæc non subterfugit, vt eius verbo vtar *in d.l.2. tit.9. lib.5.* & pro hac mihi vera sententia est textus expressus *in c.2. de donat. inter vir. & vxor.* vbi vsque ad veram separationem matrimonij habetur ratio dotis & donationis propter nuptias, & acquæstus, & deinde quisque de suo viuit: itaque distinguo ex dicto capite separationem simplicem à diuortio legitimè & solemniter facto: & in vtroque intelligo vtramque opinionem respectiuè: adde quæ dicimus infrà *n.* 160.

61 Quod si maritus emerit ante matrimonium fundum, prædium, aut aliquid aliud, & pretium soluit postea constante matrimonio, quæsitum est, an fundus, prædium, aut illud, quod emptum est, sit commune viri & vxoris: & quamuis multa cumulet Chassanæus *in consuet. Burg. tit. des droicts* 3. *rub.* 4. §.9. *n.*3. & §.2. *verbo, & acquis,* 2. *n.*8. in hoc tamen non multùm est laborandum, quia res illa empta omni iure pertinet ad emptorem, siue tradita sit, siue sit habita fides de pretio, §. *venditæ, Inst. de rer. diuis.* soluto autem matrimonio, cùm diuisio fiet, vir ex capitali integro deducet pecuniam illam, quasi reliqua debita soluta constante matrimonio, & contracta sibi ante matrimonium; aut tantundem refundet vxori, & ita concludit Ayora, & bene 1. *part. c.* 7. *in principio, de partitionibus.* Non enim habere debet & rem emptam, & pretium iterum ex bonis vtriusque, sed postquam debitum soluit constante matrimonio in vtilitatem suam, deducet ex capitali tantò minus accipiendo, aut refundet vxori; id enim postulat ratio æqualitatis.

62 Simile est si maritus vendat constante matrimonio fundum suum, & emat alterum: profectò parum immorandum est in huiusmodi quæstionibus. Nam vir habere debet, item & vxor, capitale integrum in diuisione, tum reliqua sunt communicanda: repleto autem capitali, si supersunt facultates, restat fundus emptus communis; sin verò non supersunt, minimè; ac cùm hoc dependeat ex partitione facienda, puta superuacaneam protestationem, & licentiam iudicis, quam desiderabat Azeued. *in l.2. tit.9. lib.* 5. *recop. num.*16. *ad fin.* post Chassanæum vbi suprà *d.* §. 2. *num.* 7. qui quidem Doctor Azeued. non subterfugit hanc quæstionem, vt eius verbis vtar, licèt aliter sese ab ea extricet: mihi semper videtur hoc dependere ex partitione, vtrum hæ res pertineant ad lucra.

63 Ex his autem, quæ diximus *n.*61. & 62. quòd scilicet in diuisione apparere debeat de lucris, non tempore, quo emptio fit, aut acquisitio, quæ est regula verissima, ad quam debuit Azeued. recurrere, infertur quòd si fundus emptus

sit

ſit conſtante matrimonio ex pecunia viri, etiamſi de hoc conſtet, quòd adhuc ſit communis, non verò mariti: item ſi comparatus ſit ex pecunia vxoris, adhuc communis ſit, quia illa pecunia deducitur ad matrimonium, & communicatur ambobus coniugibus ex ratione ſocietatis contractæ; atque is, cuius erat pecunia tempore diuiſionis, habet ex cumulo omnium bonorum eam capitalem pecuniam, deinde lucrorum partem, ſi lucra ſuperſint, idque *ex l.2. tit.9. lib.5. recop.* & *l.1. eod.* quod quidem aduertebat, & optimè Ioan. Lup. de Palac. Rubios *in rub. de donat. inter vir. & vxor.* §.62. *n.*4. & Matienzo *in d.l.2. gl.1. n.3. & 6.* & Gutier. qui cum iudicio hoc tenet, *pract. q.*117. *lib.2. ad l.1.* & *l.2. tit.9. lib.5. recop.* quem tanquam ciuem videre debuit Azeuedo *d.n.16. l.2. tit. 9. lib.5. recop.* cùm aliàs attentiùs ſcrutetur dicta Gutierrez, æquo an iniquo animo, ipſe viderit; immeritò certè, quod ipſe animaduertit non ſemel. Gutierrez igitur hos ſecutus *d. q.* 117. *lib.2.* ait, & benè, ex diſpoſitione noſtrarum legum, quæ ſunt lex 1. & 2. *tit.9. lib. 5. recop.* ceſſare diſpoſitionem legis 1. & legis *multùm intereſt cum materia, C. ſi quis alteri vel ſibi*; contra Montaluum *in l.11. tit.4. lib.3. fori leg.* & *in l.1. tit.3. lib. 3. fori, verbo per medio*, & Suar. ibi *in verſ. ſecundò limita*, & contra Ciſuentes *in l.16. Tauri, n.9.* & Tiraquell. *de vtroque retract. tit.1. §.32. gl. vna, n.*10. quoniam hoc caſu, de quo agimus, emptum ex pecunia alterius fit commune, quoniam in diuiſione poſtea facienda vterque deducit capitale, eoque deducto fundus emptus remanet communis in ratione acquæſtus & lucri facti conſtante matrimonio; & ita quoque exiſtimat ad alium propoſitum Ayora *de partitionib. 2.p. q.36. n.*34. vbi cum iudicio ait non conſiderari hæc lucra, niſi iam cumulatis bonis, & deducto capitali; quod fieri non poteſt, niſi tempore diuiſionis, etiamſi in eo ſit notandus, quòd putet interim bona ea conſtante matrimonio comparata non pertinere ad lucra. Ex his enim, quæ diximus, acquæſtus & lucri rationem continent, eaque, ſi ſuperſint aliàs bona, diuidenda ſunt inter coniuges, capitali vtriuſque aliunde repleto & deducto; nec exiſtimandum eſt protinus ad alium pertinere, eo quòd eius pecuniâ comparata ſint. Fiunt enim communia ex legum noſtrarum aperta deciſione.

64 Lucrorum autem nomine & acquæſtuum conſtante matrimonio quæſitorum non ſolùm intelligo res, fundos, prædia, ſeruos, ædes, & reliqua huiuſmodi, verùm etiam iura & actiones, etiamſi hæc iura & actiones habeant tractum ſucceſſiuum, & extendantur poſt mortem vtriuſque coniugis, quia ad vtriuſque hæredes æquo iure pertinebunt, ita notabat Bald. *in l. ea demùm, C. de collat.* & Chaſſanæus vbi ſuprà, *d* §.1. *num.* 8. quod eſt maximè aduertendum ad annuos redditus emptos conſtante matrimonio, quia ex Baldo *in l. cùm notiſſimi, §. in his, C. de præſcr. triginta vel quadraginta annorum*, annui cenſus & redditus deducti in contractum dies cedit aduerſus omnes præſtationes faciendas à die contractus; quia eſt vnica obligatio, & vnicum obligationis ius, licèt præſtationes ſint diuerſæ, & habeant tractum ſucceſſiuum. Eſt enim ex Salyceto *ibi*, in contractu vnica obligatio perpetua ad omnes præſtationes; ſecus in annuo legato, quod à principio eſt purum, deinde pro ſequentibus annis cõditionale; idem reſoluit *ibi* Bart. ſcilicèt quòd

annui

annui redditus vnica ſit actio, vnicumque ius, vnica præſumptio, diuerſum verò in legatis reperiri, quia tot ſunt legata quot anni, *l. Senatus, §. fin. de donat. cauſ. mort. l. cùm in annos, ff. de annuis legatis*: idem tenet Alexand. & Iaſ. *in d. §. in his*, tenent Abb. Ioan. Andr. & Card. *in cap. auditis, de præſcript.* Guid. Pap. *deciſ.* 406. incipit, *pone quod debes*: tenet Signorolus de Homod. *conſ.* 31. & Pariſius *in d. c. auditis*, Corneus *conſ.* 44. & *conſil.* 181. *vol.* 2. Balbus *de præſcript.* 4. *part.* 4. *partis*, *quæſt.* 4. Ergo reſtat, vt quæſita ex contractu conſtante matrimonio, fiant communia etiam ſoluto matrimonio.

67 Diximus *num.* 5. *& 6. ſuprà*, poſſe maritum alienare hæc lucra, ex deciſione legis 5. *tit.* 9. *lib.* 5. *recop.* & an donare poſſit, remiſimus ad Molinam temperantem duas contrarias opiniones, & ad Gutierrez, qui Molinam ſequitur *qq. pract. q.* 121. *per totam*, & nos probauimus hanc concordiam *de expenſ. & meliorat. c.* 13. *n.* 19. quæ concordia ſuſtinet donationes moderatas, & ex iuſta cauſa, dum modica & conſueta donantur, in quibus fraus abeſſe & poſſit & debeat: hæc fuit concordia illa Molinæ *lib.* 2. *de Hiſpan. primog. c.* 10. *num.* 66. *&* 67. & tenuerat Burgos de Paz Iunior *quæſt.* 9. *n.* 23. iamque hæc concordia eſt receptiſſima Hiſpanis Scriptoribus ad interpretationem dictæ legis 5. *tit.* 9. *lib.* 1. Diximus quoque delinquendo non alienare virum in præiudicium vxoris hæc lucra, & acquæſtum coniugalem, & remiſimus ſuprà *num.* 6. ad ea quæ tradidimus *de expenſis & meliorationibus dict. cap.* 13. *num.* 19.

In quo tamen ſubeſt hodie quæſtio, vtrum vir ludendo & ſcortando poſſit alienare hæc lucra? In qua quæſtione Montaluus *in l.* 1. *tit.* 3. *lib.* 3. *fori*, concludit maritum debere refundere quicquid ludo conſumpſerit, tantò minus accipiendo, aut tantundem vxori eſſe præſtandum: quoniam ludere, delinquere eſt; & ludendo vir in magna quantitate, delinquit; in delictis autem
66 nullam reperiri ſocietatem, *l.* 1. *§. planè*, ibi: *nec enim vlla ſocietas eſt maleficiorum, ff. de tut. & rat. diſtrahend. l. nec prætermittendum, ff. pro ſocio*, qua ratione Ayora *de partition.* 1. *part. cap.* 8. *num.* 10. indiſtinctè & ſecurè tenet hanc partem cum Montaluo. Sed tamen licèt veriſſimum ſit, maritum, qui ludendo & ſcortando lucra hæc conſumit, delinquere, & delinquendo leges violare ſocietatis, nihil ſocio nocendo, idque ſit veriſſimum de iure; attamen contrarium ſeruari forenſi vſu aſſerit Rodericus Suarez *in d. l.* 1. *tit.* 3. *lib.* 3. *fori leg.* idque obſeruatum eſſe in praxi, ne infinitæ lites excitentur, néve iura de ſocietate inter virum & vxorem, quæ huiuſmodi alienationes hactenus admiſerunt, rigoroſa nimis efficiamus, præſertim cùm maritus accedat ludo, non animo defraudandi vxorem, ſed acquirendi, in quo conſideramus directam & indirectam voluntatem, ad interpretationem actus ſubſecuti, de qua voluntate directa & indirecta Bartol. *in l. vbi adhuc, §. ſed & Marcellus, ff. de in diem addict.* ex qua conſideratione fit ſatis dictæ legi 2. *tit.* 9. *lib.* 5. *nouæ recop.* quatenus prohibet alienationem acquæſtuum, ſi fiat in fraudem vxoris. Hanc praxin Roderici Suarez probat Anton. Gomez *in l.* 53. *Tauri, num.* 73. *verſic. ex quibus infere*, Gregor. *in l.* 13. *verb. ganancias, tit.* 10. *p.* 5. vbi de hac praxi teſtatur: tenet, & probat Burgos de Paz *q.* 8. *n.* 13. *&* 29.

tenet

tenet Baeza *de decima tut. præst. c.* 27. *n.*28. tenet Gutierrez *pract. quæst.* 121. *lib.* 2. *num.* 7. vbi concludit maritum malè consumendo peccare quidem in conscientia; tamen non teneri ad restitutionem vxori faciendam: & adducit Nauarrum *in Manuali, c.*28. *in addit. ad c.*17. *num.* 153. & *n.* 193. quod eo consilio adduximus, ne iuniores decipiantur sententiâ Ayoræ; ipse enim merum ius secutus, scribentium omisit in hac re animaduersionem.

Sed & in officiis hæc ipsa lucra consistunt, de quibus nos latè egimus, *de expens. & meliorat. c.*4. *n.*14. post Didacum *variar. lib.*3. *c.* 19. & Guilelm. 67
Benedict. *in c. Raynut. verb. & vxorem nomine Adelasiam, de test. n.* 787. & Chassanæus *in consuet. Burg. rub.* 4. *vers. secundò*, & Nicolaum de Vbaldis *de succes. ab intest.* inter quos erat controuersum, an hæc officia tabellionum & decurionum à viro & vxore acquisita constante matrimonio pertinerent ad rationem acquæstus & lucri: ad hæc autem sunt videnda quæ adducimus *d. c.*4. *n.*14. 15. *&* 16. & quæ post nos congerit Gutier. *q. pract.* 64. *ad l.* 26. *&* 29. *Tauri*, *lib.* 2. *pract. quæst.* & adduxerat multa Rolandus ab Alexand. *cons.*11. *num.*11. *vol.*2. Constans enim iam hodie sententia est, vt officia hæc, quæ vendi & possunt & solent, veniant iudicio familiæ erciscundæ, & communi diuidundo, & continentur propriè in vera ratione lucri, & acquæstus, si constante matrimonio acquirantur; & nouissimè solo Didaco adducto tenet indistinctè Ayora *de partit. p.*1. *c.*8. *n.*61. quod tamen accipiendum est cum distinctione prædicta; idque etiamsi officium precibus, non pecuniâ comparatum sit, vt aduertimus *d. num.* 14. *cap.* 4. si verò liberè à Rege donentur, vide infrà *n.*127.

Et si valor & æstimatio officij creuerit temporis beneficio, crescit quoque vxori, quia cùm sit domina pro sua parte, vt latè fundauimus suprà *n.* 4. augmentum crescit ipsi tanquam dominæ, quod resoluimus *d. n.*14. *vers. quod verò* vbi adduximus Alex. contra Fulg. & tenebat Greg. *in l.*3. *tit.*15. *p.*6. 68

Ex quibus, & *ex l.*31. *tit.*20. *lib.*2. *recop.* & quæ tradit Guilel. Bened. *in c. Raynutius, de testam. verb. cætera bona, n.*27. & Rebuff. *in l. bonorum*, 49. *ff. de verb. signif.* vxor debet habere partem pecuniæ quæ resultat ex exemplatione instrumentorum, quæ exemplantur deducto sumptu papyri, & eius, qui exemplat & transcribit: idque interim, quòd protocollum traditur futuro successori, iuxta legem 24. *d. tit.* 25. *lib.*4. *recop.* quod protocollum an liberè tradendum sit successori in casu dictæ legis 24. adhuc ex facto agitatum vidi, & variè iudicatum; quod nunc prudens omitto. Quod verò diximus, obseruatur in praxi, nec quicquam facit, quòd pecunia illa, quæ resultat ex exemplatione instrumentorum, nihil pertineat ad fructûs rationem, quia non renascitur, de quo nos latissimè egimus *de expens. & melior. c.*23. *n.*1. *& n.*3. adducto Bart. *in l. diuortio*, §. *si vir*, *ff. solut. matrim.* & ibi Alex. & Angel. *in rub. de vsuris*, & Boërio *decis.*224. *n.*7. At verò in hac re, vbi non agimus de proprietate verbi vsusfructus, sed de obuentione, prouentu & commoditate, pecunia hæc ex exemplatione protocolli debetur vxori, quicquid latè disputet Auendañus *respons.*38. *ad fin.* Cùm igitur emolumentum sit & prouentus ea pecunia ex re æstimabili & vendibili, vti diximus, planè eius rei emolumentum ad vxorem pertinet, & quotidie fit, & satis innuit dicta lex 31. 69

70 Pone hac nostra ætate, quâ totum mare occiduum piratis maritimis infestatur vsque adeò miserrimè, vt nemini liceat securiùs nauigare, cùm passim & maiora & minora nauigia capiantur; maritum, cui cum vxore lucra sunt coniugalia, nauim mercibus onerasse ad Indos, alióve nauigaturam; admonitum tamen ab vxore, amicis & cognatis, non esse suam & coniugis substantiam tam manifesto periculo exponendam: ipsum verò fatali pertinacia ab incepto non desistere, tandem nauem à piratis diremptam; morte mariti sequuta mulier contendit maritum minimè ex fide rem communem gessisse, sed ex fraude & dolo; ideoque in eam culpam incidisse, quæ stolidum & supinum decet, non sanum & mentis compotem; nauium merces bona communia manifesto periculo coniecisse, violasse societatis leges, esse viro deuorandam insaniam suam, iacturam esse in sortem viri imputandam, sibique tantundem esse refundendum, idque in diuisione bonorum; profectò non abs re erit si mulier audiatur, quoniam tam supina hæc culpa dolo & fraudi æquiparatur, *l. in actionibus, ff. de in lit. iurand. l.* 1. §. *non autem, ff. si quis testament. lib. esse iuss. fuerit:* latè per Bart. & alios *in l. quod Nerua, ff. deposit.* Bald. latissimè *in l. pignus, C. de pignorat. act.* glossa & reliqui *in cap.* 1. *de dolo,* Dynus *in reg. ignorantia, lib.* 6. adeò vt locus sit decisioni legis 5. *tit.* 9. *lib.* 5. *recop.* ibi: *Saluo si fuere probado, que lo fizo cautelosamente per defraudar ò damnificar à la muger.* Item quia qui facit aliquid tempore, & loco incongruo, quod aliàs opportunè facere tenebatur, in culpa maxima est, *l. qui foueas, ff. ad legem Aquil.* Tum etiam, quia si admonitus non esset, scire & vitare debuit periculum, *l. si seruus communis, ff. de furt. l. idem iuris,* §. *penult. ff. ad leg. Aquil.* tum etiam quia qui committit naui, & pelagi periculo merces, quæ naui non erant committendæ, reficit socio damnum perditis mercibus, *l. cùm duobus,* §. *damna, in fin. ff. pro socio:* & quamuis hæc vrgeant pro vxore, ipsa tamen lex 5. *tit.* 9. *lib.* 5. *recop.* apertè exigit animum & consilium viri, vt vxori noceret, ibi: *Saluo si fuere probado que lo fizo cautelosamente:* & debet ex iisdem verbis animus probari: cùm verò in mercatore possit capi coniectura lucri, planè est locus doctrinæ Bartoli *in l. vbi adhuc,* §. *sed & Marcellus, ff. de in diem addict.* de directa & indirecta voluntate ad qualificandum actum subsecutum, & ex his puto hoc positum in iudicis arbitrio.

71 Res autem malè acquisitæ, & malis moribus comparatæ ab altero coniuge, ad communionem & acquæstum coniugalem minimè pertinere certum est, ideoque res furto subtractæ, quodque repetundarum nomine congestum est, nihil ad hanc societatem pertinent, *l. cætera,* §. *& mala, ff. famil. ercisc. l. quod sæpè,* §. *veneni, ff. de contrahend. empt. l. quod autem, cum sequentib. ff. pro socio,* vbi Pomponius *in l. si igitur,* optimè explicat qualiter ex societate hæc sint disiungenda, & separanda; & pertinent hæc iura ad quæstus malè quæsitos, & ad malas artes & mores; & ita hæc non esse communicanda, tenet Palacios Rubios *in rubr.* §. 6. Suarez noster *titulo de las ganancias, limit.* 4. Didacus Perez *in l.* 2. *tit.* 4. *lib.* 5. *ordin.* & est lex 2. *tit.* 15. *part.* 6. quæ pertinet ad diuisionem, ibi: *Pero si en los bienes del testador fueren falladas algunas cosas malas, assi como ponçonas, o malas yeruas, o damnosas, melecinas, o libros,*

libros, ò escripturas de encantaciones malas, o otras cosas de aquellas que son defendidas, que non vsen los homes dellas, non las deben partir entresi: antes dezimos que las deben quemar, e destruyr. Et subdit lex de rebus furto sublatis: *Otrosi si falleren en los bienes de la heredad algunas cosas que fuessen mal ganadas, assi come si aquel que pazgano, fue ome que recibio o tuuo en su poder algunas rentas del Rey, o furto algo dellas, o si furto, ò robo, o força à otro home alguna cosa, o lo gano de vsura, no lo deben partir entresi los herederos, antes dezimos que deben tornar e dar estas cosas à talos à aquellos cuyas fueren, o à sus herederos*: quod ibi latè prosequitur Gregor. per plures glossas. Quæ iura Hispana omninò restituenda censent huiusmodi lucra pessimè comparata, ita vt multò magis alter ex coniugibus, qui hæc lucratus ante diuisionem fuit, possit tacitus & secretò eadem restituere, nihil lædens iure societatis, quod aliàs existimabat Pal. Rub. *vbi suprà, num.* 10. & Baeza *de decim. tutori præstand. c.* 26. *num.* 8. quodque pertinet ad societatem, quòd hæc lucra pessimè quæsita non veniant iudicio societatis, est nobis egregia lex 8. *tit.* 10. *part.* 5. vbi Greg. latissimè, quod quidem est quotidianum, & ad animæ iudicium vtile, si restituas secretò, vt nec coniugi, nec hæredibus tenearis, & ex facto iam semel agitatum comperi.

Nec leges nostræ magis respiciunt virum quàm vxorem; de lucris enim 72 inter vtrumque coniugem, & factis ab vtroque scriptæ sunt; iure enim communi, quo hæc lucra ignota sunt, si vxor aliquid suo artificio quærebat, ad ipsam pertinebat. Pone obstetricem, chirurgam, aut excludentem, ex hoc artificio vberrimos quæstus facientem: iure communi hic quæstus ad vxorem pertinebat, ex his quæ refert Palac. Rubios *in rub. de donation. inter virum & vxorem,* §. 45. *n.* 4. & tenuerat Fulgos. *in l. si mulier,* §. *si vir vxori, ff. de donation. inter virum & vxorem*, & *in l.* 1. *C. de bonis quæ lib.* & Bald. *in l. vxorem, C. de cond. insertis*, decisio Rotæ antiquæ 1. *de donation. inter virum & vxorem, n.* 3. & 4. inter decisiones Bisigneti; cuius quidem ea ratio est, quia vxor est libera persona, quæ sibi quærere potest, nec ab ea quæsita acquiruntur viro, quia non sunt quæsita viri industriâ, aut operâ, sed vxoris, vt per Cynum *in l. final. quæst. vltim. C. de furt.* quod enim aliàs diximus, cùm de donatione remuneratoria egimus, filium debere patri obsequium, non operas artificiales, *ex l. penult. ff. de obseq. à lib. pat. & patron. præstand.* ibi: *Nam pietatem debent liberi parentibus, non operas*; vnde inferimus ad resolutionem eius sententiæ, quam scriptam reliquit Fulgos. *in l. illud, Cod. de collat.* & Anton. Gom. *in l.* 29. *Tauri, num.* 24. quod si filius impendat patri operas non obsequiales, sed artificiales, possit à patre salarium expectare; quia cùm obsequens esse debeat, artificium impendere non debet, idque disputauimus *de donatione remuneratoria num.* 24. *versic. ex his enim operibus*; idem quoque de vxore dici oportet; hæc enim obsequium coniugale debet viro, non operas artificiales; libera enim est persona, nec scriptum est, vt per liberam personam alicui acquiratur. Fulgos. *in* l. *si mulier*, §. *si vir vxori, ff. de don. inter virum & vxorem*, & *in l.* 1. *C. de bonis quæ lib.* & Bald. *in l. si vxorem, C. de cond. insertis,* vbi id apertè tenet, & est ipsa veritas iure communi: at verò nostro iure Hispano ex dispositione

tione dictæ legis 1. *& per totum*, *tit.9. lib. 5. recop.* hæc artificia & lucra ex eis resultantia ad communionem & coniugalem societatem pertinent; & hoc est verissimum.

73 Quin quod ad lucra quoque pertinent meliorationes factæ in rebus coniugalibus, meliorationes enim factæ in re mariti constante matrimonio, etiamsi cedant marito cum ipsa re, earum tamen æstimatio communis est vxori, & è contra, si in re vxoria facta reperiantur; nec enim alter ditescere debet cum alterius iactura, ita resoluimus *de expens.& meliorat.c.13 num.41.* & tenuerat Suar. *in repet. tit.de las ganancias, lib.3.fori legum, vers.sed pone quod in solo*, & tenuit Didac. *in 4.p.2.c.7.§.1.num.9. vers.hinc infertur*, & nouissimè Ayora *de partit. cap. 10.*

Vnde si quisque coniux mille adduxerit in matrimonium, alteriusque mille illa in re alterius consumpta sunt vtiliter, certè is, ad quem res meliorata pertinebit, mille alteri soluet; quia id exigit ratio societatis, ipsaque æquitas apertè id postulat, ne tu in re tua habeas substantiam meam sine causa: si verò supersint ex meliorationes deductis capitalibus, magis ad lucra pertinebunt, & in hunc modum intelligendus est modernus quidam Hispanus *in l.2. tit. 9. de las ganancias, lib.5. recop. verbo Ganaren, n.11.* aliàs nescio quid sibi voluerit; tu videris, candide lector.

74 At verò in vinea plantata in solo alterius diuersum iudicatum vidi. Is enim cuius solum est, in quo vinea plantata est, præcipuum habebit, quod in ea regione manere consueuit his, qui montem incultum dare consueuerunt rusticis vitibus conserendum, reliquum vtrique communicabitur, nec cedet domino fundi: hæc est lex tertia, *tit. de los labores, lib.3. fori legum*: quam vsu receptam tradit Suar. *vbi suprà*, & nos tradidimus *de expens.& meliorat. d.c.13.n.41.* & tradit Ayora *de partit.1.p.c.10.n.2.* qui quamuis adducat ratio-
75 nem differentiæ inter vineam plantatam & domum melioratam, tamen ratio differentiæ ab ipso adducta nihil facit ad rem; & an ista meliorationis æstimatio correspondere debeat sumptui, an verò præsenti æstimationi, quam quæstionem attingit Ayora *d.1.part.d.c.10.n.2.versic. secundò quæritur*, & planè nihil decidit vtiliter: tu inuenies quæstionem latè discussam *de expens. & melior. c.24. per totum*, vbi videre poteris si se casus offerat.

76 At verò in meliorationibus factis in rebus maioratus constante matrimonio est lex 46. Tauri, quæ hodie est lex 6. *tit.7. lib. 4. nouæ recop.* verba hæc sunt: *Omnia castra quæ deinceps erecta sint in vrbibus, oppidis, & villis, aut prædiis maioratus, & omnia mœnia prædictarum vrbium, oppidorum, & villarum maioratus, non solùm quæ deinceps de nouo extructa sint, sed quæ deinceps reficientur, aut si quid in eis melioretur, veluti ædificia quæ deinceps fient in ædibus maioratus, ædificando, reparando, aut reficiendo in eis, ita sint maioratus sicut ipsæ vrbes, oppida, & villæ, & fundi sunt aut fuerunt maioratus, & sicuti ipsæ ædes maioratus: & præcipimus, vt in his omnibus succedat vocatus ad maioratum, cum vinculis, conditionibus in maioratu contentis sine vlla obligatione dandi partem aliquam æstimationis, aut valoris dictorum ædificiorum vxoribus eorum, aut eius qui eas meliorationes facit hæredibus suis, aut successoribus.* Hæc sunt verba eius legis 46. Tauri, quæ pertinent ad nostrum institutum, de qua lege

lege nostri Hispani variè agunt, & est satis disputata. Breuiter adducam quæ hactenus scripta sunt, remittendo ad sua loca, ne videamur otiosè membranas nostras replesse.

Et primò quæritur de iustitia dictæ legis 46. an sit iusta æqua ratione? & iustam, æquamque, & necessarium probauimus ad conseruationem maioratuum, ex ea ratione, quam adduximus *de expens. & melior. c.* 13. *n.* 44. quia si in his meliorationibus factis in rebus maioratus non admitterentur quæ diximus *d. c.* 13. *n.* 43. planè maioratus, qui ad perpetuitatem instituitur, quamcitissimè periret, repititis meliorationibus ab vnoquoque successore, & ferè ab vltimo vniuersis, vt *d. n.* 44. diximus: & ita licèt visa sit ea lex iniqua Ioan. Lupo de Palacios Rubios *in rubr. de donat. inter vir. & vxor.* §. 62. *n.* 15. & 16. & *in d. l.* 46. *n.* 3. & Gomez Arias ibi *n.* 28. & aliis relatis à Burgos de Paz Iuniore, *q.* 6. *n.* 9. cæteris tamen omnibus visa est iusta, æqua, & necessaria ad perpetuitatem maioratuum, ne pereant multiplicata æstimatione meliorationum ab vno, aut altero, tertio, vel quarto successore, quam omninò sic multiplicatam soluere nequeat quintus successor, vnde perpetuitas constare non possit; & ex hac ratione iustam dixerunt cæteri & necessariam. Anton. Gomez ibi, *n.* 4. Castillo *gl.* 1. Pinel. *in l.* 1. *C. de bonis mat.* 2. *part. n.* 71. Meneses & Padilla *in rub. de fideicomm. n.* 20. Molin *de Hispan. primog. c.* 1. *n.* 27. *lib.* 1. Burg. de Paz Iunior *d. q.* 6. *n.* 10. Gutier. *q. pract.* 81. & nos *d. n.* 44. *c.* 13. quam rationem oportet intueri, quia ex illa deciditur sequens dubitatio. 77

Secundò quærebatur *ad d. l.* 46. an lex illa haberet locum in meliorationibus factis in fortalitiis, mœnibus, aut ædibus maioratus expensis, *in d. l.* 46. an verò lex generaliter sit intelligenda in omni melioratione facta in re maioratus, ita vt illa tria verba non restringant dispositionem dictæ legis 1. sed posita sint vti exempla frequentiora; & quidem alij putant verba illa tria esse restrictiua; ita vt reliquæ meliorationes, quæ non reperiantur factæ in fortalitiis, mœnibus, & ædibus maioratus, subiaceant regulæ, de qua suprà *n.* 73. hi sunt Gom. Arias *in l.* 44. *Tauri*, *num.* 40. *versic. aduerte*, dicens ita fuisse iudicatum in supremo Senatu. Matienzo *in l.* 6. *Tauri, verb.* 46. *tit.* 7. *lib.* 5. *recop.* Burg. de Paz Iunior *quæst.* 7. *num.* 17. Aluarus Valascus *de iure emphyt. quæst.* 25. Pelaez *de maiorat.* 4. *part. quæst.* 33. *num.* 3. Burgos de Paz Senior *consil.* 3. *num.* 109. *lib.* 1. Anton. Gomez *in d. l.* 46. & *in l.* 40. *Tauri*, *num.* 71. Gutierrez *pract. quæst.* 82. *ad finem*, Celsus *in repertorio, verb. maioratus*, Gutierrez allegat Gregorium *in l.* 41. *tit.* 28. *part.* 3. *in gl. magna, ad fin.* sed Gregor. *in gl. verb. entregado, vers. inde infero*, ad maioratum non loquitur, attenta dicta lege 46. sed attento iure communi & partitæ. 78

Qui sunt in hac opinione, aiunt legem hanc, quamuis iustam, continere tamen summum rigorem, cùm disponat in præiudicium iuris vxoris circa medietatem meliorationum, & in præiudicium legitimæ portionis filiis debitæ, vt obseruabat Molina *lib.* 1. *c.* 26. *n.* 15. & Burg. de Paz Iunior *q.* 7. *n.* 49. ideò aiunt non esse extendendam, & debere intelligi ita, vt quantum fieri possit, minimè lædat tertium: aiunt correctoriam legem non esse extendendam, planéque dictam legem 66. corrigere iura omnia à nobis adducta *de expens. & melior. c.* 13. *n.* 43. esse particularem rationem in fortalitiis, mœnibus, & ædibus, 79

quæ partim pertineant ad publicum decorem, partim ad publicam vtilitatem; quas rationes congerit Gutierrez *d. pract. q.82. per totam*, atque his fundamentis diuidunt fortalitia, mœnia, & ædes ab aliis rebus maioratus; & eum maioratum, qui non habeat mœnia, nec fortalitia, nec ædes, quorum ſunt plures in Hiſpania, relinquunt morti expoſitum viri, duraturum factis meliorationibus pretioſis ſoluendis à ſucceſſore, atque adeò ipſum maioratum, in quo reperiatur domus, fortalitium, & murus, relinquunt expilandum ab eo, qui in reliquis rebus meliorationes confecerit, dum maioratum retinet donec expenſæ ſoluantur.

Quin quòd ex huiuſmodi ſenſu relinquunt vxoris maioratum expenſis adauctum viri, retinendum ab hæredibus viri, quoniam lex illa de vxore loquatur; mihi certè diſpar, inæqualis & iniqua decidendi ratio, & quæ non lites conſopiat, nec componat, ſed excitet maximas & innumeras. Cùm enim lex maioratuum conſeruationi & perpetuitati conſuluerit, planè admiſſo eo ſenſu, magis mortem & excidium, quàm vitam conciliat. Adauctis enim expenſis ab vno & altero ſucceſſore, fiet profectò, vt facilius ſit tertio ſucceſſori bona libera emere, quàm expenſis ſolutis in maioratu ſuccedere: adde quòd hic ſenſus aperit viam ſucceſſori, vt fraudet ſibi ſucceſſurum his adauctis expenſis.

80 Quare ex hac ratione contrariam ſententiam tenent Palac. Rubios, qui adfuit his legibus condendis, atque ob id debet pro multis valere, *in d. l. 46.* idem tenet Caſtillo *ibi*, & Anton. Gomez *n.1.* idem tenet Pinel. *l. 1. Cod. de bon. mat. part.2. num.61.* idem tenet Molina *lib.1. de primog. c. 26. num. 25.* item tenuimus *de expenſ. & meliorat. cap.23. num. 45.* idem nouiſſimè tenet Azeued. qui quæſtionem non ſubterfugit, *in l.6. tit. 7. lib.5. recop.* quorum ea ratio eſt, quam ſuperiùs adduximus, ne ſcilicet corruant breuiter perpetui maioratus, néve aperiatur occaſio fraudibus & dolis, qua perpetuitas deſiderata intercidat.

81 Qui ſunt in hac opinione, nihil faciunt, quòd lex 46. ſit correctoria, exorbitans, rigoroſa & deuians à iure communi & partitarum. Namque etiam in his legibus ratio ipſa facit, vt dicta lex 46. non ſolùm fortalitia, mœnia, & ædes contineat, ſed cæteras omnes res maioratus. Cùm enim perpetuitati maioratuum conſuluerit, eaque pereat admiſſa priori ſententia, planè ita intelligenda eſt, vt res omnes maioratus adfecerit, ne quod vnâ viâ vitarit, aliâ admiſerit, cùm in omnibus ratio ipſius legis reperiatur.

82 Quod apertiſſimè probatur, quia vbicunque ratio legis eſt amplior dicto ipſius legis, tunc dictum ipſum legis extendi debet ad terminos rationis legis, gloſſa *in Clem. fin. de election.* reputat eam ſingularem Card. *ibi*, textus *in l. cùm pater, §. dulciſſimus*, vbi Bart. & alij, *de legat.2.* Socin. *conſ.89. vol.4. num.20.* vbi inquit, quòd ratio eſt primum in intentione ſtatuentis, & ex ea infertur dictum, vt *in auth. ingreſſi, C. de ſacroſanct. Eccleſ.*

83 Eſt ſiquidem ratio in lege, ſicuti anima & ſpiritus; eius autem verba ſunt corpus, Bald. *in l. ſi quis ſeruo, Cod. de furt.* & *in conſ.49. in 2. part.* Iaſ. *in l. qui quadraginta, ff. ad Trebellianum,* & *in l. ſi vnus, §. ſi cùm mihi, ff. de pact.* Crotus *in l.2. num.48. ff. ſoluto matrimonio*, vbi ait, quòd ſicut homo conſiſtit

ſiſtit ex anima & corpore ; ita lex ex ratione & verbis ; & verba ſunt corpus & ſuperficies ; ratio verò eſt anima ipſius , & illa magis attendi debet, quàm ſuperficies & cortex verborum , *l. ſi de interpretatione* , *ff. de legibus.* Tiraquell. *in tract. ceſſante cauſa, part.* 1. *num.*134. Modò cùm dicta lege 46. voluerit conſeruare maioratus, ne factis expenſis & meliorationibus , eiſque à ſucceſſoribus expetitis , intercidat, quæ eſt ratio ipſius legis, planè obtinere poſterior debet ſententia,& ita intelligendum eſt dictam legem 46. eſſe generalem, & vniuersè accipiendam in omni melioratione facta in quacunque re maioratus ; atque hi caſus debent intelligi comprehenſi & expreſſi in lege ex rationis identitate , ne otioſa , vana, & inanis lex ipſa remaneat , admiſſa priori ſententia.

Omnia enim , quæ prior ſententia conſiderat *in d. l.* 46. reperiuntur in 84
maioratu , priuat filios legitimâ,ſaltem integrâ ; facit bona alias libera reſtitutioni ſubiecta , corrigit iura de ſucceſſione ſcripta , & tamen adhuc habet cauſas fauoris propter perpetuitatem , quod ex multis conſiderat Molina ſtatim in principio, & recipit benignam interpretationem , etiamſi deuiet à iuris communis regulis, vt nihil mirum ſit, admitti in acceſſionibus , quod in maioratu ipſo iura admittunt. Cùm enim dicta lex 46. ad maioratus pertineat, nihil mirum ſi maioratuum quoque retineat rationem , cùm acceſſio ex eo recipiat naturam cui accedit,quod proſecuti ſumus latè *de expenſ. & melior. c.*22. *num.*25. *&* 35. *&* 23. *& ferè per totum*, & notamus *in tract. noſtro de acceſſionibus,in diuiſione.*

Tertia quæſtio erat inter eos , qui legem 46. Tauri exiſtimabant non eſſe 85
generalem , ac tunc quærebant verbum illud , *en las caſas de mayorazgo* , id eſt , domus maioratus , an eſſet intelligendum de domibus principalioribus , vnde maioratus denominantur ; an verò de omni domo,etiam conductitia, quæ reperiatur in maioratu. Mihi quæſtio nullum faceſſit negotium, qui intelligam legem vniuersè, & generaliter ; & ſi arbiter ſim vocandus inter eos, quibus lex illa reſtrictiuè accipitur , dicam verbum illud accipi pro famoſiori ſignificato, cum Mieres *de maioratu* 4. *part. quæſt.*33. *num.*6. & facilè diſcedam à ſententia Gutierrez *pract. quæſt.*83. quia eius fundamenta mihi parum aut nihil concludunt ; ſibi habeant, qui in ea ſententia ſunt.

Quarta quæſtio circa dictam legem 46. ea eſt, an ſcilicet ſi expenſa magna 86
ſit, adhuc ſubueniendum ſit vxori , ſi tamen expenſum ſit in vtilitatem perpetuam maioratus : & quidem Palac. Rubios *in d. l.* 46. *num.* 1. & Doctor Caſtillo *in gl.* 1. Arias Pinel. *in d. l.*1. *Cod. de bon. mat.* 2. *part. n.* 71. *verſ. in qua difficultate*, & alios referens Burg. de Paz. *d. l.* 7. *num.* 27. & Gutierrez *pract. quæſt.* 83. *num.* 3. admittunt ſeparationem magnæ & paruæ expenſæ : vt in magna expenſa ſucceſſor maioratus teneatur prouidere vxori , in parua minimè ; & aiunt magnam expenſam dici reſpectu filiorum , quos habuerit ædificans , aut expendens,ex traditis per Ruinum *conſil.*14. *lib.*1. *num.* 3. & Roland. à Valle *conſ.* 28. *lib.* 1. *num.* 25. Ego verò aliter mihi hanc reſoluo quæſtionem , vt ſcilicet quantumvis expenſa magna ſit , ſi modò contineatur intra metas lucri , nihil omninò curandum ſit de vxore. Potuit enim vir aliter lucra illa conſumere impunè : at verò ſi expenſa diminuat dotem vxo-

ris ,

ris, tunc succurrendum vxori censuimus, *de expens. & meliorat. c.* 13. n.48. vbi quomodo & à quo sit dos consumpta in maioratu vxori reficienda: vide *ibi*. Vnde retentâ hac specie ego meo more arbitror expensam eam esse maximam, vt satisfiat vxori, quæ totam dotem, vel saltem aliquam partem dotis diminuat, ac tunc existimo satisfaciendum vxori: ea verò permanente, cùm ad quæstum & lucrum res pertineat, meritò dicta lex 56. consumptionem lucrorum in rebus maioratus permisisse videtur; atque ita temperandam censeo eorum sententiam, quos retuli, & tenebat Gutierrez *dict. pract. quæst.* 86. *num.* 4. adducto Burgos de Paz *d. quæst.* 7. *num.* 51. *& seq.* sed tamen hunc casum separant à priori de magna & parua impensa; separari tamen non debent, sed coniungi, ita vt magna expensa in hac re, quam tractamus, sit quæ dotem minuat, & refectionem mereatur: parua autem, quæ intra metas lucri contineatur, salua dote, licèt aliàs plurimum sit expensum.

87 Quinta quæstio erat circa dictam legem 56. Tauri, an istæ meliorationes factæ in fortalitiis, ædibus, & mœnibus, aut in aliis rebus maioratus, si eius generis sint, vt abradi possint sine damno, & læsione rei, possint abradi, vt diuidantur? & abradi posse, & diuidi inter vxorem & hæredes viri, nisi iusta offeratur æstimatio, tenuimus *de expens. & meliorat. cap.* 12. *num.* 74. quod adnotauimus pro tormentis sulphurariis, & machinis bellicis, clypeis, hastis, thoracibus, globulisque ferreis, gladiis & scutis in fortalitiis magnatum relictis, quia abradi possunt. Nec quicquam pertinent ad dispositionem dictæ legis 46. vt ibi diximus; & ibi ostendimus nihil obstare dictum Baldi *tit. de controuers. inuest. §. si quis de manso, num.* 4. quòd concesso castro munitiones videntur concessæ quæ sunt positæ ad defensionem castri: & sequitur Alex. & Ias. *in prælud. feud. n.* 22. & Mieres *de maioratu* 4. *part. quæst.* 33. *n.* 9.
88 *vsque ad num.* 15. quia aliud in concessione, aliud in ademptione in damnum vxoris, cuius sumptu pro sua parte hæc sunt comparata; & quia de his sumptibus qui abradi possunt, nihil locuta est lex 46. ideò de his nihil dicere debemus, *l. in præuaricationis*, §. *fin. ff. de præuaricat.* cum vulgatis. Et hæc sunt verissima pro resolutione huius quintæ quæstionis *ad d.l.* 46. *Tauri*, atque adeò hi sumptus, qui abradi possunt sine læsione rei, pertinebunt ad lucrum & acquæstum coniugalem, de quo nobis sermo est.

89 Sexta quæstio erat circa dictam legem 46. Tauri, an scilicet dispositio eius legis habeat locum non solùm in maioratu ex regia facultate instituto, verùm etiam in maioratu tertij & quinti instituto iuxta tenorem legis 27. Tauri; item & in anniuersario & capellania? Et in omnibus his procedere diuisionem dictæ legis 46. tenuimus *de expens. & meliorat. cap.* 13. *num.* 46. & ibi adduximus Didacum *variarum lib.* 3. *cap.* 5. *num.* 3. Anton. de Menes. *in rubr. C. de fideicommiss. num.* 10. Molinam *de primog. lib.* 1. *cap.* 1. *num.* 27. & tenet Burgos de Paz Iun. *quæst.* 6. *n.* 45. & Gutierrez *pract. quæst.* 85.

90 Septima quæstio circa dictam legem 46. Tauri, ea erat, an ea lex procedat solùm in ædificio, aut reparatione facta à possessore, an etiamsi fierent hæ meliorationes ab alio, putà tertio, qui ex aliqua causa bona possederit? Ego puto nihil referre, vtrum possessor melioret, an alius, ex verbis dictæ legis 46. *se hizieren*, quæ sunt verba realia; non enim dicit lex, *que hiziere*

el

el possedor del mayorazgo, hoc est, quas fecerit possessor maioratus: hæc enim verba erant personalia, ideoque à quocunque fiant, puto legem illam habere locum, quasi dicta lex 46. corrigat textum *in l.fin.§.fin. C. communia de legat.* & legem *domos, ff. de legat.* 1. & quia militat in hoc casu eadem ratio dictæ legis 46. ideò puto contrarium esse verius, contra Burg. de Paz Iuniorem *d.q.7. num.32.* & contra Mier. *de maioratu 4.p.q.32.* & Pinel. *in l.2. C. de rescind.vend.2.part.c.5. num.1.* Didac. *lib.1. variar. c.17. n.1.* aliàs daretur occasio fraudandi legem. Facilè enim daretur res melioranda tertio occasione emptionis fictitiæ, qnod quidem animaduertendum est. Istud verò intelligo non respectu tertij, qui meliorationes fecit (potest enim eas consequi à successore maioratus vendicante rem maioratus, quod ad nostram legem 46. nihil pertinet: & ita intelligo tradita à Didaco, Pinell. & cæteris, quos adduxi:) sed si successor maioratus vendicans rem maioratus à tertio soluat eidem expensas constante matrimonio, eoque soluto vxor velit sibi refundi partem earum expensarum, quæ solutæ sint constante matrimonio, puto submouendam, *ex l. 46. Tauri.* Tunc enim etiamsi expensæ factæ sint à tertio, quoniam tamen solutæ sunt à marito, ab ipso factæ intelliguntur; ideoque est locus dictæ legi 46. quæ verbis personalibus vsa non est, sed realibus.

Octaua quæstio circa dictam legem 46. ea erat, an dicta lex procedat, & 91
habeat locum in præiudicium creditorum ipsius, qui expendit in rebus maioratus. Hanc quæstionem attigit Molina *de primog. lib.1.c.10.n.18.* & ad decisionem ita se restringit, & timidè decidit, vt ferè nihil sensisse videatur. requirit enim pecuniam expresè mutuatam & creditam ad refectionem rei maioratus, & in eo consumptam, atque adeò in vtilitate permanentem; ac tunc quidem adhuc ait maturiùs considerandum. Ab hac autem tam timida decisione recedit Burgos de Paz Iunior *d.quæst.7. n. 49.* & animosiùs existimat quorumcunque creditorum esse ius contra successorem, vt veram hanc credit sententiam Gutierrez *pract. quæst.* 84. quæ mihi displicet, ex his quæ à me adducuntur *de expens. & meliorat. cap.16. n. 10.* vbi latè diximus, & ibi videre poteris. Rationes enim adductæ à Gutierrez magis vrgent ad dolum & fraudem: ac tunc quidem, an prosequantur rem omninò liberam ab obligatione & actione: tu videris, nos diximus *d.n.10. & 19.*

Nonò quærebant circa dictam legem 46. si possessor maioratus bona re- 92
liquisset libera, an vxor, quæ nomine bonorum lucratorum nihil esset consecuta, nihilominus posset à successore in bonis liberis hæreditario tantùm consequi, quantùm nomine lucri fuisset habitura: quod est quærere, an vxor habeat in casu dictæ legis 46. recursum contra successorem hæreditarium in bonis liberis? Et quidem Ayora *de diuis. bon. part.1. cap. 10. n. 4.* tenet securè posse consequi à successore hæreditario viri expensas illas pro sua parte, quia dicta lex 46 nihil loquitur de hoc hærede, nihilque aliud adducit. At verò Matienzo post Burg. de Paz Iuniorem, quem ipse refert, relinquunt cogitandum, & est Paz *in q. 8.* & Matienzo *in d.l.6. tit.7. lib.5. recop.* idem facit Gutierrez *dict. quæst. 84. num.3.* At verò Castillo *in dict. l. 46.* tenet contrarium, vt scilicet vxor nihil consequatur ab hærede viri. Ego tamen

M facilè

facilè adhæreo Castillo, qui videam obligationem hanc ad exigendas huiusmodi expensas peremptam à lege, & concessam facultatem liberam marito lucrorum in bonis maioratus; & quia mihi iniustum est, vt mulier dote sua integra de lucris non extantibus portionem petat; sunt enim illæ meliorationes beneficio legis 46. Tauri, quasi non extantes, nec in bonis mariti, nec hæredum eius, veluti si aleis, aut scortis, aut aliter vir consumpsisset. Hic in ea sententia est cum Castillo contra Paz; tu candide lector cogita, & elige melius.

Et sic habeto, vxorem habere quidem medietatem lucrorum, quæ resultant ex meliorationibus, tanquam acquæstus coniugalis; at verò si hi sumptus fiant in rebus maioratus, sic existima nihil eorum, quæ diximus, pertinere ad vxorem, propter legem 46. Tauri, cuius præcipuas dubitationes tibi adduximus vtcunque explicatas.

93 Inde est, vt vsusfructus consolidatus cum proprietate ex causa ipsius proprietatis &rei, ad eum pertineat, ad quem res & proprietas pertinet, nec quicquam ad acquæstum coniugalem, nec ad communionem & lucra; hanc tenent Palac. Rubios *in repet. rub.* §.62. *num.*13. Anton. Gomez. 2. *tom. variar. cap.*15. *de seruitut. num.* 19. & *in l.*53. *Tauri*, *num.*78. & *in l.* 70. *n.*28. Didacus *in* 4. *part.*2. *c.*7. §.1. *num.*9. Perez *in l.*4. *tit.*4. *lib.* 5. *ordin.* Greg. Lopez *in l.*18. *tit.*11. *part.*4. *verbo, ò estimanda no fuesse*, & nos tenuimus *de expens. & meliorat. cap.*22. *num.* 70. tenet Gutierrez *pract. quæst.* 116. *num.* 1. Ayora *de partit. bonor. c.*8. *part.*1. *n.* 20. & 21.

94 Quod quidem ex ratione probauimus *vbi suprà*, quia acquisita ex titulo & causa alicuius rei, fiunt eius, cuius res illa est, cuiusque titulo & causâ acquisita sunt, quod latè probauimus *dict. cap.*22. *per totum.* Vnde *d. cap.* 22. *num.* 10. *vers. ex quo infert Didac. Couar.* dicebamus, quòd si vsusfructus non consolidetur occasione ipsius rei, & ex titulo causâ rei ipsius, titulo emptionis, aut alio oneroso, quòd talis vsusfructus erit communis viro & vxori: ita resoluit Didacus vbi suprà *n* 9. & nos *d. vers. ex quo infert.*

95 Quod si adhuc vsusfructus venditus sit, hoc est, commoditas illa, vt ad proprietatem redeat, habebit hanc commoditatem is, cuius res est; at verò æstimationem soluet alteri coniugi: ita resoluimus *dict. vers. ex quo infert D. Couarruu.*

96 Sed an æstimatio facienda sit iuxta legem *hæreditatum, aliàs computationem, ff. ad leg. falcid.* an verò iuxta legem *si quis argentum*, §. *sin autem donator, vers. in redditibus*, maximè controuersum est. Vide Albericum, & Cynum *in d.*§. *in redditibus*, & Bald. *in l. quoniam in prioribus, C. de inoffic. testam.* & Didac. *variar. lib.*3. *c.*9. *n.*5. vbi latissimè.

97 Quæ omnia eam recipiunt interpretationem, vt quamuis vsusfructus consolidatus occasione rei pertineat ad eum, cuius res est, id sit quidem verum in hunc modum, vt scilicet in diuisione bonorum soluto matrimonio vsusfructus ei cedat, cuius res est. Namque constante matrimonio fructus percepti ad vtrumque pertinent, & sunt communes; idque vniuersum est in omni re, etiam in peculio castrensi, aut quasi, nemoque de hoc ambiget; & est nobis lex 4. *titul.* 8. *lib.* 5. *recopilation.* quæ generaliter hoc decidit, & hoc

hoc est quod multis verbis inculcat Ayora *de partit. cap.* 8. *num.* 20. *&* 21.

Præterea & illud ad quæstum coniugalem minimè pertinet, si maritus aut vxor habeant feudum aut emphyteusin ante matrimonium, & demùm constante matrimonio aliquid huic feudo aut emphyteusi accedat occasione ipsius feudi, aut emphyteusis, & ex causa & titulo ipsius, quia ad eum res illa accedens pertinet, ad quem pertinebat emphyteusis, aut feudum: ita resoluimus *d.c.*22. *num.* 11. *de expens. & meliorat.* cum Didaco Couarruu. contra Ioan. Lupum de Palac.Rub. *in rub.* § 62. *num.* 13. in quo etiam illud aduertimus, quòd si res accedat pretio, tunc æstimationis fiat satisfactio alteri coniugi ratione acquæstus pro sua parte, vt diximus *n.* 95. 98

Item dicimus nihil pertinere ad acquæstum coniugalem rem vsucaptam ab altero coniuge constante matrimonio, si demùm vsucapio cœpta ante matrimonium perficiatur constante matrimonio. Namque hæc habent originem præteritam, & eius demùm sunt, cuius omninò futura erant, si matrimonium nullum intercessisset: tenent Pal.Rubios *d.*§.62.*num.* 10. Didacus *vbi suprà*, 2. *parte*, *c.*7. §.1. *num.*10. Molina *de primog. lib.*1. *cap.*26. *num.* 10. & nos tenuimus *de expens. & melior. cap.*22. *num.*12. & est verissimum ex ea ratione, quam adduximus *d. n.* 12. 99

In retractu quoque iure sanguinis idem recipiendum est cum Castillo *in l.* 70. *Tauri*, & Anton. Gomez *ibi*, *n.*28. vt res quidem ad acquæstum non pertineat, & tamen pecunia redemptionis & retractus pertinet: & sequitur Didacus Perez *in l.*4. *tit.*4. *lib.*5. *ordinam.* & placet Matienzo *in l.*7. *gloss.*12. *num.*10. *tit.* 2. *lib.*5. *recop.* & Gutierrez *pract. quæst.* 116. & nos tenuimus *de expens. & meliorat. cap.*22. *num.* 13. *&* 14. contra Auendañum *responso* 39. *per totum*, & attingit Molina *d. lib.*1. *c.*26. *num.*8. tenet Greg. *in l.*18. *tit.*11. *part.*4. *gloss. verbo*, *ò estimanda no fuesse*, Palac. Rubios *in d.*§. 62. *num.* 13. vbi hi tenent, quòd hoc habet locum, etiamsi res retracta multò pluris sit cùm retrahitur, quàm fuerit vendita; & quòd hæc omnia habent etiam locum in retractu ex pacto de reuendendo, quod est verissimum, ex Didaco, & Palac. Rubios *vbi suprà*. 100

Quæri solet an res donatæ vxori à consanguineis viri, aut viro à consanguineis vxoris, pertineant ad acquæstum coniugalem & lucrum; si verò minùs ad lucrum pertineant, cuius tandem futuræ sint in diuisione bonorum: an viri, cuius contemplatione dantur; an verò vxoris, cui donatio ipsa fit; & contra in casu contrario quando viro donantur contemplatione vxoris, res dubia est, sed à plurimis scripta & controuersa. Nos, qui aliud agimus, breuiter expediemus, quid in hac re sentiamus: & primùm asserimus has donationes omninò nihil pertinere ad quæstum coniugalem & lucrum, totam autem dubitationem in eo esse, ad virum, an ad vxorem pertineant, si contemplatione vnius alteri sit donatum. 101

Et quidem quæstionem attingunt Bart. & reliqui *in l. sed & si plures*, §. *in arrogato*. *ff. de vulgari*, vbi nouissimè Ias. *in fin.* & ante eum Raph. Cuman. *consil.* 73. idem disputat Alexand. *ibi*, & Paulus & Baldus *in l. cùm te*, *Cod. de donat. ante nuptias*, Abbas *in cap. sedes*, *de rescr.* idem Bart. *in l. annua*, §.1. *ff. de annuis legatis*, Cagnolus *in l. contractus*, *num.* 38. *ff. de regulis* 102

M 2 *iuris*,

iuris, Iulius Clarus *lib.3.recept. sentent.* §. *donatio*, *quæst.* 10. Corneus *consil.*81. *vol.*1. Decius *in l. vt liberis, de collat.* decisiones Rotæ antiquæ, 1. *de donat. inter virum & vxorem*, Roland. à Valle *cons.*10. *lib.*1. Capra *cons.* 31. Alciat. *regul.* 1. *præsumpt.* 18. Zasius *lib.* 2. *singular. intellect. c.* 9. Bald. *consil.*316. *vol.*4. Rom. *consil.*127. Angelus qui distinguit in quæstione, *in d.* §. *in arrogato*, Palacios Rubios *in rub. de donat.* §.45. Segura *in l.*1. §. *si vir vxori, num.*92. Anton. Gomez *in l.*50. *Tauri, num.* 67. Caldas Pereyra à Castro *in repet. l. si curatorem habens, verb. læsis*, *n.* 117. *C. de integrum restit.* Gutierrez *pract. quæst.*120. Ayora *de partit. bonor.*1.*part.* ~~*quæst.* 8.~~ *n.*19. Azeuedo *in l* 3. & 4. *tit.*9. *lib.*5. *recopil.* Manuel Mendez de Castro *ad l. cùm oportet, C. de bonis quæ liber.* 1. *part. verb. ex eius substantia, num.* 9.

103 Et quamvis dixerimus, Scriptores omnes, qui quæstionem hactenus attigere; hi tamen non sunt concordi consensu in eadem sententia, sed alij aliam sequuntur. Angelus diuidit & distinguit; rursum Alexander distinctionem destruit; proinde res omninò dubia liberam cuiusque sententiam admittit, quæ cum iudicio vtilis reipublicæ sit, ex fundata tamen iuris ratione. Nam primùm Bartol. Alexand. & Ias. *in d.* §. *in arrogato*, tenent rem donatam à consanguineis viri vxori, esse perinde, ac si ab ipso viro donata esset, ac subinde mortua vxore superstite viro, à viro recuperari, & ad eum pertinere; quod si vir præmoriatur, morte confirmari donationem, iuxta textum *in l. donationes quas parentes*, *C. de don. inter virum & vxor.* cùm præsertim traditio præcedat, iuxta legem *Papinianus*, & *l. cùm hic status*, *ff. eodem*: tenent cum Bartol. Paul. & Corneus *in d. l. cùm oportet, num.* 4. Alexand. Ias. & reliqui *in l. vt liberis*, & ibi Ias. *n.*17. dicit magis communem: idem dicit ibi Romanus Angelus *in* §. *fuerat*, *Instit. de actionibus*, *num.* 42. Anton. de Butrio *cons.*57. *in* 2. *dubio*, Iul. Clarus *recept. sentent. quæst.*10. *num.*2. §. *donatio.* Cap. *consil.*31. Baeza *de dotib. c.*30. *num.*4. Palac. Rub. *in rubr.* §.45. *num.*2. & 19. Segura *in l.*1. §. *si vir vxori, num.*92. *ff. de acquirenda possess.* & tanquam verius cum multis resoluit Anton. Gomez *in l.*50. *Tauri, num.*67. & Roland. à Valle *d. consil.*10. *num.*8. *volum.*1. Caldas Pereyra de Castro *in l. si curatorem habens*, *verb. læsis, Cod. de in integrum restit. num.* 115. *versicul. inde infero ad donata à consanguineis.* Ayora *de partit.* 1. *parte*, *quæst.* 8. *n.*19. Rotæ decisio 1. *de donat. inter vir. & vxor. inter decisiones Bisigneti.* Simancas *in Instit. Cath. c.* 9. *num.*16.

104 Mouentur hi omnes ex ea ratione, quia in iure, quod ab aliquo patre donatur filio, seu ab alio contemplatione ipsius patris, dicitur ab ipso patre donatum, & ad profectitium peculium pertinet, non verò aliunde aduentitium, quod probant Bart. *in l. cùm oportet*, *C. de bon. quæ lib. n.*1. Ias. *in* §. *actiones autem*, *n.*18. & Gomezius ibi, *n.*16. *Instit. de act.* glossa & Aretin. *in* §. *igitur*, *verb. ex re*, *per quas personas acq. eod.* Corrasius *in l. frater à fratre*, 1. *part. n.*62. *de condict. indeb.* Nauarrus *in Manuali c.* 17. *n.*147. & Montaluus, & Greg. *in l.*9. *tit.*5. *part.*6. & resoluunt omnes, quos superiùs adduxi.

105 Mouentur item *ex l. aditio, vers. vltimo*, ibi, *propter me*, *ff. de acquir. hæred.* vbi liber homo, qui mihi bona fide seruit, si propter me instituatur hæres, non ex opera sua mihi acquirit, sed ex re mea.

Mouentur

Mouentur *ex l. ſed & ſi quid, 26. ff. de vſufructu: Sed & ſi quid*, inquit Vlpianus, *donetur ſeruo, in quo vſusfructus alterius eſt, quæritur quid fieri oporteat, & in omnibus iſtis, ſi quid contemplatione fructuarij ei relictum, vel donatum eſt, ipſi acquiretur; ſi verò proprietarij, ſiue ipſius ſerui, acquiretur domino: nec diſtinguemus vnde cognitum eum, & cuius merito habuit, qui donauit, vel reliquit*: qui textus eſt elegantiſſimus ad propoſitum.

Mouentur *ex l. ſed ſi plures, §. in arrogato, ff. de adopt.* ibi: *Ego etiam amplius puto, & ſi quid beneficio arrogatoris acquiſiuit, & hoc ſubſtitutum poſſe habere, vtputa ſi arrogatoris amicus, vel cognatus ei aliquid reliquit*: concordat dicta lex 9. *tit.* 5. *part.* 6.

Mouentur ex textu *in l. dotem dedit, 6. de collat. bonor.* vbi dos data ab auo paterno, perinde eſt, ac ſi pater dediſſet, & filiâ mortuâ ad eum reuertitur. *Dotem*, inquit Celſus, *quam dedit auus paternus, an poſt mortem aui mortuâ in matrimonio filiâ patri reddi oporteat, quæritur? Occurrit æquitas rei, vt quod pater meus propter me filiæ meæ nomine dedit, perinde ſit, ac ſi ipſe dederim: quippe officium aui circa nepotem, ex officio patris erga filium pendet: & quia pater filiæ, ideò auus propter filium nepoti dotem dare debet.*

Mouentur ex textu *in §. igitur liberi, Inſtitut. per quas perſonas nob. acq.* ibi: *Quæ enim inuidia eſt, quod ex patris occaſione profectum eſt, hoc ad eum reuerti*, ponderando verbum illud, *Ex patris occaſione*, cùm ſuperius dixiſſet, *ex re patris*, quaſi extenſa deciſione eius paragraphi.

Mouentur *ex l. profectitia 1. §. 1. ff. de iur. dot.* ibi: *Quid & ſi quis patri donaturus dotem dedit: Marcellus libro 6. Digeſtorum ſcribit, hanc quoque à patre profectam eſſe, & eſt verum.*

Mouentur item textu *in l. ſi quid earum, verſic. in quib. ff. de legat.* 3. vbi ſi maritus legauit vxori, quæ ſui causâ comparata ſunt, veniunt ea, quæ ſocer nurûs nomine comparauit.

Mouentur ex textu *in auth. in donatione, C. de ſecundis nuptiis*, vbi ſi mulier recepit donationem propter nuptias à tertio contemplatione ipſius mariti, tenetur filiis eius matrimonij reſeruare.

Ex quibus veriſſimam exiſtimo interpretationem Pauli de Caſtro *in d. §. in arrogato, num.* 4. vt hæc communis opinio procedat, quando matrimonium ſoluitur morte mulieris: nam tunc donatio facta à marito reuocatur. Cumque iuris intellectu hæ donationes factæ ſint à marito, vt patet ex iuribus ſuprà adductis, meritò reuocabuntur morte vxoris: ſi verò coniux ipſe præmoriatur præcedente traditione, *ex l. Papinianus, de donat. inter virum & vxor.* morte confirmatur, & eſt interpretatio conformis iuribus, & legibus, de quibus ſuprà, nemoque ab ea recedit, & eſt neceſſaria, & neceſſariò conſequitur ad receptam ſententiam, quæ cum iuribus ſuprà adductis donationem viri eam eſſe dicunt. Gutierrez contrarium exiſtimabat *d. pract. q.* 120. *num.* 11. à quo in hac re facilè recedo; quia ſi hæ donationes fiunt viro, non vxori, fruſtra iura de vxore agunt, etſi à viro donata exiſtimant: ergo iura quæ de donationibus inter virum loquuntur, meritò habebunt locum in hoc genere donationum, quæ vel marito fiant, vel vxori certè à marito reperiantur factæ; & verè retenta hac communi opinione, ſcil. quòd data vxori ab amicis & 106

 cognatis

cognatis mariti censeantur data à viro, postquam à viro eius consensu donantur vxori, nequit non habere locum ius illud de confirmata donatione morte viri, *l. donationes quas parentes*, & *d.l. cùm hic status*, *ff. de donat. inter virum & vxorem*; nisi intelligas donationem nunquam fuisse factam vxori, sed viro, quantumvis intercesserit vxor; quod mihi est difficillimum, propter verba legum *in dict.l. sed & si quis*, ibi, *donetur seruo*; & *in d.§. arrogato*, ibi, *si quid beneficio arrogatoris acquisiuit*: & rursum ibi, *ei aliquid reliquit*: & clariùs *in d.l. dotem*, ibi, *quem dedit auus paternus*: & *in d. l. profectitia*, §.1. ibi, *dotem dedit*: & hanc tenent Caldas vbi suprà, *vers. inde inferens*: idem expresè tenet Emanuel Mendez de Castro vbi suprà, 1. *part. verb. ex substantia*, *n.9.* idem tenet Anton. Gomez *in d.l.50. num.67.* & hoc est rationi conuenientissimum, siquidem ex hac communi sententia hæ donationes ab aliis factæ vxori, ita factæ intelliguntur, quasi à viro fierent: & reuerà à viro factæ vxori intelliguntur.

107 Hinc etiam retenta hac communi opinione, quòd scilicet donata sponsæ aut vxori à cognatis viri, censentur donata à viro, facilè defendi potest & debet. Anton. Gom. *in l. 50. Tauri, num.57.* vbi ait, quod xenia data sponsæ tempore sponsaliorum, vel ipso die nuptiarum à cognatis & consanguineis viri, censentur donata à viro, & ab eo profecta, & quod iudicabitur sponsalitia largitas, & per consequens lucrabitur medietatem per osculum, & per copulam lucrabitur totum; & si nihil horum interuenerit, nihil lucrabitur. Certè opinio hæc ei, qui communem tueatur, est verissima, quoniam à viro hæc xenia profecta iuris intellectu censentur; & quamuis Gutierrez ab Anton. Gomez recedat *dict. quæst.120. num.10.* certè retenta communi opinione meo iudicio negari non potest, quoniam à viro profecta intelliguntur, vt diximus; & ita in hoc puto Gomezij sententiam tenendam, retenta communi opinione, quæ data à consanguineis profecta à marito asserit, ex dictis iuribus, de quibus *suprà*, & ad propositum allegat Anton. Gomez *d. §. in arrogato*, vbi bona donata à consanguineis, à patre arrogante videntur donata, & *l.3. §. fin. ff. de donat. inter virum & vxor.* vbi donatum à tertio, quod aliàs donandum erat viro, si donetur vxori, à viro videtur donatum, & pertinet ad donationem inter virum & vxorem, itaque ratio ea est, quam non eneruat Gutierrez meo iudicio, quia hæ donationes à patre aut viro in nostro casu censentur profectæ, & donatio ab ipso iuris intellectu fit.

108 At verò hæc communis opinio cum Bartol. *in d. §. in arrogato*, quæ tenet donata vxori à consanguineis viri, ab ipso viro videri donata, ac subinde ipsius fieri, à suis authoribus seipsam exponit, vt scilicet contemplatione viri facta donatio intelligatur, si in ipsa donatione fiat mentio viri, vtputa, *por estar casada con Titio vuestro marido*, id est, propter consanguinitatem quæ mihi est cum Titio coniuge tuo, Bart. *in l. filiofamilias*, *in 2. num.1. ff. de don. caus. mort.* & *in l. fin. C. de vsufructu*, & *in l. cùm aliquis*, *num. 3. C. de iur. delib.* sequuntur Alex. & Ias. *in d.l. cùm aliquis*, Corrasius & Crotus *in l. frater à fratre*, *Cod. de cond. indeb. n.4.* Pal. Rubios *in repet. rubr. §.47. num.7.* Afflict. *in c.1. num.11. de alienat. feud.* Costa *lib.2. select. c.17.* Caldas Pereyra *in l. si curatorem habens*, *verb. læsis*, *num.115.* Natta *cons.363. num.11. vol.2.*

quæ

quæ est vera, licèt Palac. Rubios §. 45. *n.6.* dicat procedere opinionem Bartoli, etiamsi mariti nulla fiat mentio, dum ab ipsius consanguineis fiat. Atque ita communis opinio restat cum Bart. *in d.* §. *in arrogato*, quam Ias. ibi & Alex. latè defendunt,& dicunt omninò non esse recedendum à Bart. idem aiunt Paul. & Corneus *in l. cùm oportet, C. de bon. quæ lib. num.*4. idem dicit Segura *in l.*1. §. *si vir vxori, n.*91. *ff. de acquir. possess.* idem dicit Anton. Gomez *in dict. l.* 50. *Tauri, num.*67. idem dicit Rol. à Valle *consil.* 10. *num.* 8. *volum.* 1.

Contra Bart. tamen & communem tenuerunt Raphael Cumanus, & Aretin. *in d.* §. *in arrogato*, & dicit Aretinus,quod sententia Bartoli est magnus error,& quod Bart. loquitur contra plures leges, & quòd donatio facta vxori à consanguineis viri, statim valet nullâ expectatâ morte, & quòd statim acquiritur vxori, & similiter donatio facta viro à consanguineis vxoris. Contra Bartolum tenet Angelus, & Romanus *in l. vt liberis, C. de collat.* & ita consuluit Roman. contra Bart. *in consil.*171. tenet contra Bartolum Salycetus *in l. nec inter, Cod. de donat. inter virum & vxorem*, & *in l. si sponsus*, §. *si donat, ff. eodem*: contra Bart. tenet Alciatus *d. præsumpt.* 18. *reg.* 1. contra Bart. & communem tenet Zasius *lib.*2. *intellect. sing. cap.* 9. contra Bart. inclinat Caldas Pereyra *dicto verb. læsis, num.*117. & tenuerunt Bald. *cons.*316. & tenet hanc Manuel Mendez de Castro *ad l. cùm oportet, C. de bonis quæ lib.*1. *part. verb. ex eius substantia, n.*9. 109

Allegant omnes contra Bart. textum *in l. si seruus communis, ff. de donat. inter virum & vxorem*, ibi: *Si seruus communis*, inquit Alphenus, *viri & fratris eius, puerum donauerit vxori fratris, pro qua parte is seruus, qui donasset, viri esset, pro ea parte munus non esse factum mulieris respondi. Idem iuris esset si ex tribus fratribus vnus vxorem haberet, & rem communem vxori donasset; nam ex tertia parte mulieris rem factam non esse, ex duabus autem partibus reliquis, si id scissent fratres, aut postquam donata esset, ratum habuissent, nihil debere mulierem reddere.* Ecce donationem à consanguineis viri factam vxori, & efficitur vxoris. Allegant contra Bart. & est allegatio Aretini, textum *in l. si constante, C. de donat. inter virum & vxorem*, ibi: *si constante matrimonio tibi mater domum tradidit, in tuis bonis fecit.* Vbi mater filio donat in potestate viri affectu vxorio, & valet donatio, & ibi glossa refert hanc donationem ad virum, cùm filius ei acquirat, & ait mero iure non valere, sed confirmari morte, *d. l. Papinianus, ff. eodem, l. donationes quas parentes, Cod. eodem*: allegat idem Aretinus, legem *si te in vacuam, Cod. eodem. Si te in vacuam possessionem prædij socrus tua titulo donationis ante matrimonium, vel pòst induxit, ad rescindendam donationem pœnitentia nihil proficit*: qui textus clarè inducitur pro Aretino contra Bartol. ex ipsius verbis. Allegat Salycet. contra Bart. textum *in l. nec inter, Cod. de donat. inter virum & vxorem*, à contrario sensu, vbi donationes valent inter eos, qui sibi inuicem subiecti non sunt. Cùm ergo consanguinei viri non sint inuicem subiecti cum eius vxore, sequitur quòd donatio inter eos valida est. Allegat Alex. contra Bartolum,licèt eum sequatur,textum *in l. cùm his status*, §. *oratio, ff. de donat. inter virum & vxorem*, vbi idem probatur, quod *in dict. l. nec inter.* Allegant 110

contra

contra Bart. textum *in l. si mater vestra, Cod. de donat. ante nuptias*, ibi: *Si mater vestra filiæ suæ sponso vel marito prædia sine vlla repetendi lege donauit, & eum in vacuam possessionem induxit, nuptiis diuortio solutis, perfecta non dissoluitur donatio*: cuius textus inductio est clarissima contra Bartolum.

111 Adducit Raphael Cuman. *in d. §. in arrogato*, rationem contra Bart. de donatione facta Ambassiatori, hoc est, Legato communitatis contemplatione ipsius communitatis; & tamen talis donatio fit Legato, & reassumit Palac. Rub. *vbi suprà*, §.45. *num.6.* & agnoscunt nouiores, Gutierrez *d. pract. q.120. n.5.* Azeuedo *in l. 3. & 4. tit.9. lib.5. recop. num.9.* in qua tamen re, vt ait Alex. *in d. §. in arrogato*, recurrit ad qualitatem rei donatæ Ambassiatori, vt si magis conueniat Legato, ipsi censeatur datum; si verò ex qualitate & quantitate magis conueniat communitati, aut Principi mittenti, ipsi censeatur datum, non Legato, ad quod est opportuna lex *Diuus, C. de bonis damnat.* quam ad hoc allegat Alex. *in d. §. in arrogato. n. final. ad fin.* vbi ait, quod hanc distinctionem tenent Doctores, & sunt addendi his quos retuli.

112 Allegant hi Doctores Hispani secuti Palac. Rub. contra Bartoli sententiam, id quod scriptum reliquit Suarez noster *in tit. de las ganoncias, 3. limitat.* & iterum *in 7. limitat.* quod donatum socio occasione societatis, fit ipsius socij. Palac. Rub. *d. §.65. num.65.* & est glossa magna *in l.3. tit.10. p. 5.* & sequuntur Gutierrez, & Azeued. *vbi suprà.*

Vltimò hi Doctores Hispani secuti Ioan. Lupum de Palac. Rub. *vbi suprà*, §. 43. *num. 1.* & post eum Gutierrez, & Azeued. qui quæstionem non subterfugit, *vbi suprà*, in hoc Regno contra Bartolum expendunt verba textus *in l.3. tit.9. lib.5.* in sua generalitate, ibi: *O donacion de señor, ò de pariente, ò de amigo*: licèt ipsi aliam secuti sint decidendi rationem, de qua lege infrà *n.115.*

113 Hactenus duæ opiniones contrariæ cum Bartolo, & contra Bart. & vtriusque fundamenta. Angelus verò *in d. §. in arrogato*, tenebat quandam distinctionem, scilicet an res donata à consanguineis viri conueniat tantùm mulieri, vt quia est res destinata pro ornamento capitis mulieris, aut quia est ornamentum muliebre; & existimat, quod erit propria mulieris: aut conuenit tantùm viro, vt quia donantur gladius, scutum, equus phaleratus; & ait quòd erunt tantùm viri: aut donantur res indifferentes, & hoc casu ait procedere dictum Bartoli, quam Angeli distinctionem sequuntur nouiores. Gutierrez *d. q. 120. n.14.* & tenet Azeuedo *in d. l.3. & 4. tit.9. lib.5. num.10.* alios ipsi allegant. Sed tamen opinio Angeli displicet Imolæ & Alexand. *in d. §. in arrogato*: & hanc contra Angel. defendit Alex. *n.13.* & cum hac Alexandri opinione transit Palac. Rub. *d. §.45. n.8.* quæ reuerà non est vera; & Ias. transit cum opinione Angeli, quæ tamen habet præcipuum fundamentum *in d. l. Diuus, ff. de bon. damnat.* vbi ex qualitate rei iudicamus, quid cuique concessum & donatum sit; mihi nec probatur, nec improbatur; aliunde enim puto rem decidendam.

Quæstio principalis ex mente & verbis scribentium decidenda est ex iure scripto, cúmque ius varium sit, vt constat ex fundamentis vtriusque opinionis; ideò operæ pretium est, ea aggredi, atque hanc operam egregiè præstant nobis Alex. & Ias. *in d. §. in arrogato*: aduertenda tamen sunt aliqua, ne confusa sit resolutio confusæ disputationis.

Ex

Et primùm, quod si tempore nuptiarum & sponsaliorum, aut constante matrimonio aliqua ab amicis vel extraneis donantur vtrique, quod quotidianum est, hæc dona pertinent ad quæstum coniugalem, & ad lucrum constante matrimonio quæsitum; & sunt communia, atque hunc casum, prætereà quòd est indubitatus, tenet Anton. Gomez *in l.*50. *Tauri*, *n.*67. 114

Si verò à consanguineis viri donantur viro, vel à consanguineis vxoris vxori donata reperiantur, planè nihil pertinent hæc dona ad quæstum coniugalem, nec ad lucrum, sed fiunt eius cui donantur; & præterea quod hoc quoque est indubitatum, tenet Anton. Gomez *d. n.*67. *in d. l.*50. & ita intelligo legem 3 *tit.* 9. *lib.* 5. *recop.* quæ non potest aptè applicari ad quæstionem principalem, de qua *suprà*, etiamsi Pal. Rub. & eum secuti Gutierrez & Azeuedo, vt diximus suprà *num.*112. *versic. vltimò*, applicent dictam legem Regni ad opinionem contra Bartolum. Lex enim loquitur de donatis viro ab amicis aut consanguineis suis; quæstio verò nostra principalis versatur in casu diuerso, scilicet in donationibus factis viro à consanguineis vxoris, & eiusdem respectu; aut vxori à consanguineis viri, eiusdem occasione, iuxta speciem propositam *in d.* §. *in arrogato*, de quo nihil prædicta lex 3. agit, quod eò aduertimus, vt excludamus hunc casum, & hanc legem 3. à decisione propositæ quæstionis, totaque ea remaneat in mera iuris disputatione. 115

Quod pertinet ad quæstionem propositam, quæ versatur in casu tertio, scilicet quando consanguineus viri donat vxori respectu viri; aut consanguineus vxoris donat viro occasione & respectu vxoris; ego teneo cum Bart. à quo, vt inquit Ias. *in d.* §. *in arrogato*, in hac quæstione durum esset in practica recedere, & ait Alex. ibi, *num.* 13. *versic. tamen his non obstantibus*, quòd in hac quæstione est residendum cum Bartolo, cui nullo modo videtur benè responsum; atque cum Alex. Ias. & reliquis, qui Bartolum sequuntur, totum negotium versabitur in responsione ad ea, quæ contra Bartol. & communem adducuntur. 116

Et in primis opinio Bartoli, vt diximus, procedit, vt ipse ait *in d.* §. *in arrogato*, *num.*4. concurrentibus duobus, scilicet quòd donatio sit facta à consanguineis viri, & etiam viri contemplatione; & quidem viri contemplatione, à consanguineis item viri censetur facta donatio vxori, vti diximus suprà, *n.*108. si in donatione fiat mentio viri: exempla posuimus *dict. n.*108. *suprà*, ibi vide. Itaque debent concurrere hæc duo, hisque duobus concurrentibus plana, vera, necessaria & vtilis est doctrina Bart. *in d.* §. *in arrogato*, *n.*4. à qua vti dicebat Ias. durum est recedere in practica, vti diximus proximo numero. 117

Vnde si simpliciter fiat donatio vxori à consanguineo viri, planè dicam non esse factam donationem contemplatione viri, quia de eo nulla facta est mentio in donatione; & hic est sensus Bartoli, vti diximus *d. num.*108. Vnde hæ duæ donationis conceptiones differunt, *dono tibi Sejæ centum*, vel *dono tibi Sejæ vxori filij mei centum*; quia in altera non est filij contemplatio, ideoque vxori quæritur; in altera filij mentio est, ideoque eius contemplatione videtur facta; debetque Bartolus intelligi ex eiusdem verbis, & suppleri ex aliis, quos adduximus *d. n.*108. & est mens dicti §. *in arrogato*; quæ ex verbis, 118

& suppleri ex aliis, quos adduximus *d.n.*108. & est mens dicti §. *in arrogato*; quæ ex verbis ipsius satis colligitur subtiliùs intuenti & expendenti verba Iurisconsulti, ibi, & si quid beneficio arrogatoris. Ex quibus verbis patet, apertè debere constare accidisse donationem beneficio arrogatoris; constare autem poterit, si in ipsa donatione arrogatoris mentio facta sit, ex adductis *d.num.* 108. & hæc fuit mens Bartoli, & eorum, *d.n.*108. & Alex. & Ias. *vbi suprà*, vt videas quàm longè abeant nouiores à vera ratione iuris, quámque aliter intelligant Bartolum, quàm ipse sese intellexerit, quámque intellexerint adducti à nobis *d. n.* 108. vt obiter aduertas, immeritò Ioan. Lupum de Palac. Rubios *in rubr. de donat. inter virum & vxor.* §.45. *num.6.* extendisse dictum Bartoli, etiamsi de viro, cuius contemplatione facta fuit donatio, mentio facta non sit. Debet enim *ex d.*§. *in arrogato*, constare viri contemplatione factam fuisse donationem, idque variis modis constare potest, vel testibus, qui de animo donatoris deponant, vel confessione ipsius, *arg. l. quæro, ff. de ædilitio edicto*; vel quia in ipsa donatione facta fuit viri mentio, aliàs nunquam existimabo contemplatione ipsius factam donationem, sed simpliciter.

119 Hinc patet rectè Imolam & Alexandrum recessisse ab opinione Angeli *in d.*§. *in arrogato*; qui distinguebat, vti diximus suprà *num.* 113. siue enim res conueniens vxori donetur, si ea donata sit contemplatione viri, ipsi quæritur, & ab eo facta censetur donatio; si conueniens viro, quia à consanguineo vxoris donata, vxori acquiretur, ex superiùs adductis, probata contemplatione, scilicet quod beneficio alterius datum sit, aut testibus, aut confessione, aut serie donationis, scilicet quòd in ipsa eius mentio facta sit, cuius contemplatione facta sit donatio. At verò Gutier. Hispanus *d. quæst.* 120. *n.* 14. & Azeued. *d.l.*3.*tit.*9.*lib.*5. *recop. n.*10. sequuntur Angeli distinctionem: ego sequor Imolam & Alex. meo iudicio meliùs sentientes, obseruatis his, quæ diximus *proximo numero*, & Bartoli, & Iurisconsulti opinione *in dicto* §. *in arrogato.*

120 Cùm enim Iurisconsultus *in d.*§. *in arrogato*, præsupponat beneficio arrogatoris factam fuisse donationem, ac eo præsupposito decidat planè, vt decisum habeat locum, oportet probare præsuppositum; ita argumentatur Rolandus à Valle *cons.*10. *n.*14. *vol.*4. ex Fulgosio, Paulo, Salyceto *in l. mancipia, C. de seruis fugit.* Romanus *cons.*489. Gutierrez *cons.*1. *n.*16. Ergo meritò ait Bartolus *ex d.*§. *in arrogato*, debere concurrere illa duo, scilicet, vt à consanguineis alterius fiat donatio, & item, quòd contemplatione ipsius: & meritò hi, quos retulimus *dict. num.* 108. exigunt saltem mentionem eius, propter quem facta est donatio, vt meritò differant hæ donationes quoad iuris effectus, *dono Titiæ vxori filij mei*, vel *quia filio meo nupsit*, vel *filio meo nuptæ ab ea dono Titiæ centum*; quia in hac si nihil aliud probatum sit, quia simpliciter est facta, nullam alterius contemplationem indicat de se, nisi aliunde testibus, aut confessione præambula probetur, illa verò ex mentione eius propter quem facta est, meritò ab eo facta intelligitur.

121 Ex quibus facilis est interpretatio ad iura, quæ contra Bartol. adducuntur;

tur ; & primùm ad textum *in d. l. si seruus communis, ff. de donat. inter virum & vxor.* respondet Alex. *d. n.13. versic. nec obstant iura contra Bart. allegata.* Ias. quoque *in d. §. in arrogato ; num.8. versic. Sed ego clariùs respondeo*, vt rursum *in versicul. ad alium textum in l. si seruus communis* : ego autem considero, quod *in d. l. si seruus communis, in 2. part.* donatio apertè fuit facta à marito ; patet ibi, *& rem communem vxori donasset* : quare quicquid sit de aliis partibus, certè donatio facta fuit à viro vxori, non verò à fratribus viri ; vnde nihil pertinet ad nostrum casum. Et si cum Iasone instes, quòd adhuc fratres videntur donasse, quia consensu donationem perfecerunt, dico adhuc mulierem nihil esse reddituram, quia superstes morte mariti donatio confirmata tenet, quantumvis à marito, aut à fratribus facta sit contemplatione fratris, eiusdemque mariti, ex his quæ diximus suprà *n.106.* At verò in priori parte textus Iurisconsultus nihil decidit de parte fratris, an ad mulierem, an ad virum pertineat : itaque textus *in d. l. si seruus communis*, magis suadet opinionem Bartoli, ex verbo illo, *nihil* ; quasi donatione confirmata per mortem mariti, nihil omninò sit restituendum. Ad *l. si constante, Cod. de don. inter virum & vxorem*, dicimus factam fuisse ibi donationem simpliciter, nihilque vetat vxorem à consanguineis viri accipere, si ipsi simpliciter donent sine viri, eiusdemque consanguinei respectu, aut beneficio : libera persona est, quæ ab eo, qui simpliciter donauerit, acquirere potest, *d. l. nec inter, C. de donat. inter vir. & vxor. l. cùm hic status, §. oratio, ff. eodem*, quæ adducebantur à Salyceto contra Bart. Idemque respondemus ad textum *in d. l. si te in vacuam, Cod. eodem*, vbi simpliciter donatio quoque facta est vxori. Idem respondendum est ad textum *in l. si mater vestra, eodem.* Denique omnia iura, quæ contra Bart. adducuntur, aut nihil pertinent ad quæstionem, vt *in d. l. si seruus communis* ; aut procedant in donatione simplici, quæ fit vxori à consanguineo viri, sine viri aliqua recordatione ; & hoc est, quod nouiores aiunt, nostram quæstionem nihil pertinere ad casum voluntatis, scilicet quando consanguinei voluerunt expressè donare vxori eius viri, cum quo sibi consanguinitas est ; at verò intelligere debemus hanc voluntatem ex eo, quòd in eiusmodi donatione nulla viri facta sit recordatio, iuxta latè tradita suprà *d. num.108.* Cùm enim libera persona vxor sit respectu consanguineorum viri, potest ab eis accipere, *d. §. oratio. d. l. nec inter*, si simpliciter donatum sit ; si verò donatio fiat propter virum, & ipsius commemoratione, tunc locus est Bartoli sententiæ communiter receptæ, *de qua suprà*, à qua aiunt Alex. & Ias. omninò in practica non esse recedendum.

Postremò Alexand. *in d. §. in arrogato, num. 13. versic. vel quod hîc apparebat*, adducit Baldum *in l. cùm ante, Cod. de donat. ante nuptias*, decidentem hanc quæstionem, vbi limitat opinionem Bartoli, scilicet nisi esset consuetudo donandi mulieri, quia tunc, inquit ille, acquiritur mulieri, & eius hæredibus, *argument. l. cùm plures, & cùm tutor, de tutorib. & ration. distrah.* & *l. secundùm dignitatem, ff. eodem*, & *d. l. si seruus communis* : ait tamen Alexand. *vbi suprà*, quòd hæc limitatio Baldi est destructio doctrinæ Bartoli. Nam ipse, & qui eum sequuntur, præsupponunt consuetum esse donare vxori ; vnde ait, quòd si Baldus voluit intelligere, quòd talia donata ex 122

cunsuetudinis vi & potestate acquirantur mulieri, tunc res planè procederet; in dubio autem non probata hac consuetudine, contemplatione viri donata intelligendum esse: & Alex. sequitur Iason, & ita debet intelligi Ioan. Lupus de Palac Rub. *vbi suprà*, & moderni, qui consuetudinem in hoc valere aiunt.

123 Præterea illud controuerti solet, an dispositum *in l.3. tit.9. lib.5. noua recopilationis*, ibi: *Que si el marido alguna cosa ganare de donadio de señoro, de pariente, o amigo, o en hueste de Rey, o de otro que lo aya por su soldada, lo aya todo quanto ganare por suyo*: hoc est, vt si maritus aliquam rem acquisierit, ex donatione Domini, aut cognati, aut amici, aut in exercitu Regis, aut alterius, quod acquisierit ex stipendio, aut mercede, habeat quidquid acquisiuerit suum proprium: habeat locum in simplici donatione, an verò etiam in donatione ob merita, quam remuneratoriam diximus; an remuneratoria donatio veniat communicanda, non verò simplex: facit dubium, quia, vt diximus satis, donatio remuneratoria non est simplex, nec propria donatio; nec disposita in donatione habent locum in donatione remuneratoria, diximus latè de donatione remuneratoria *à n.13. per plures numeros.*

Vt autem constet disputatio, & disputationis dispositio, intelligi oportet maritum constante matrimonio perdius ac pernox operam diligentiamque suam impendisse Domino, amico, aut Regi, oblitus vxoris, reique familiaris, quam interim vxor curauit sedula, ita vt seruitium & opera ipsam quoque tangat vxorem; nam si seruitia, aut opera præcesserunt matrimonium, tunc nulla difficultas est.

124 Secundò intelligi oportet in donatione, quæ fit contemplatione seruitij, operæque impensæ, non verò in donatione, quæ fit ob scientiam, artem & industriam, quia in hoc nihil est, quod ad vxorem pertineat; & hoc ideo dixerim, vt bone lector attentiùs legas Gutierrez *pract. quæst. 119. lib. 2.* qui *n.7.* his verbis ait: *Ex quibus infertur, quòd stipendia & salaria, quæ maritus Doctor, Aduocatus, vel Medicus, siue Auditor, vel Iudex, seu quisquis alius Officialis Regius acquisiuit constante matrimonio, postquam simul cohabitant vir & vxor, veniunt inter eos communicanda, & æqualiter diuidenda soluto matrimonio.* Hæc ille. Inauditum enim est, vt auditor soluto matrimonio communicet salarium filiis ex matrimonio, quo constante auditor creatus est; quia ex industria, arte, scientia & peritia creatus est, quantumvis id sumptibus solicitaret communibus; & pertinent hæc ad castrensia peculia vel quasi, vt latè in hac re aduertit Montaluus *in l. 2. tit.3. lib. 3. fori leg. gloss. verb. communal, versic. item si Doctor*, & est lex *5. tit. 9. lib. 5. recop.* ibi: *y officios de Rey*, qui est textus expressus, quasi quæstio proposita in his non habeat locum in donationibus, sed in aliis, vti diximus, quæ nihil respiciunt artem, peritiam & industriam mariti, scilicet in donationibus ob seruitia & merita, quarum quilibet est capax, etiam iners & ignorans.

125 In quæstione autem proposita verior & receptior est sententia, vt talis donatio pertineat ad lucrum coniugalem, & diuidatur inter virum & vxorem: ita tenet Didac. *in cap. cùm in offic. de testam. in fin.* tenet ante ipsum Suarez, quem Didacus allegat, *in l.1. tit. de las ganancias, 3. lib. 3. fori leg. limit. 3.*

probat

probat Gregor. *in l.* 3. *gloss. ygualmente*, *tit.* 10. *part.* 5. tenet Montaluus *in l.* 1. *tit.* 3. *lib.* 3. *fori leg. gloss. verbo, communal* : in hanc partem inclinat Gutierrez *quæst. pract.* 119. *ad tit.* 9. *lib.* 5. *nouæ recop.* Mouentur hi ex multis, vt est videre apud ipsos ; sed præcipuè ex eo, quia dicta lex 3. *tit.* 9. *lib.* 5. *recop.* quæ loquitur de donatione, intelligenda est propriè non de donatione remuneratoria, quæ propriè non est donatio, vt diximus *d. n.* 31. *de don. remunerat.* tum quia id ipsum est expresse decisum *in d. l.* 3. vt etiam castrensia acquisita communibus expensis, fiant communia ; atque id recipiunt in quantitate commensurabili expensis, vt est videre apud Gregorium *vbi suprà*; quod mihi durum est, tam exactam regulam sectari, cùm sæpè apud beneficos & liberales paruæ expensæ magna sint commeritæ præmia. Est enim & grati, & planè ingenui animi gratiam cumulatissimè referre, *cap. primo*, *de don.* cuius verba, quia elegantia sunt, apponere libuit. *Hanc sibi quodammodo nobilitas legem imponit*, inquit Alexand. Summus Pontifex, *vt debere se, quod sponte tribuit, existimet* ; *& nisi in beneficiis suis creuerit, nihil se præstitisse putet.* Satis enim est, quòd donatio respondeat & liberalitati & opulentiæ donatoris, etiamsi merita excedat ; quod animaduertit Corneus *cons.* 144. *lib.* 2. & rursum *in l. si donatione*, *C. de collat. vers. ex quo videtur* : & consuetudinem obseruatam in donationis modo aduertit Bart. *in l. si tibi decem*, §. *si pactus*, *ff. de pactis* : tenet apertè Barbatia *in cap. sedes*, *de rescriptis*, quod satis est si donatio respondeat liberalitati Principis, etiamsi excedat merita ; ac illa fortissima ratio est, quia merita & beneficia æquare debemus, vbi donatio est prohibita, vt inter virum & vxorem, aliàs magis liberalitatem, & opus donatarij expectamus : vtrumque tradit Tiraquel. *in l. fin. C. de reuocand. donat. verb. donatione largitus, à n.* 83. Quare in hac, quam tractamus, quæstione magis est, vt hæ donationes communicentur, ac remittendam esse exæquationem meritorum, si id poscat liberalitas & opulentia donationis, consuetudoque donandi ab eo obseruata : & ita temperare oportet dictum Gregorij, & Gutierrez, qui ipsum sequitur *vbi suprà.* 126

At verò Arias Pinel. *in l.* 1. *part.* 3. *illat.* 13. *num.* 62. & eum secutus Matienzo *in d. l.* 3. *tit.* 9. *lib.* 5. *recop.* tenebant contra Didacum, Gregor. & Rodericum, & Montal. & latiùs Burg. de Paz Iunior *quæst.* 11. Sed eorum fundamenta mihi debiliora sunt. Quare placet, vt ista donatio communicetur, cùm illa duo fundamenta maximè vrgeant, & talis donatio diuidetur inter hæredes mortui, & superstitem, qui est effectus disputationis, aliàs fructus constante matrimonio semper diuiduntur, etiamsi donatio ad alterum pertineat, de quo infrà.

Sequuntur verba legis 3. & legis 5. *d. tit.* 9. *lib.* 5. *recop.* ibi : *Si el marido alguna cosa ganare de herencia, de padre, o de otro propinquo*, & ibi : *Que todos y qualesquier a bienes castrenses, y officios de Rey, y donadios de les que fueren ganados, y majorados, y auidos durante el matrimonio entre el marido y muger por el vno dellos, que sean y finquen de aquel que los vno ganado, sin que el otro aya parte dellos*, id est : Si vir aliquid acquisierit hæreditarium ex patre, aut matre, aut ab alio propinquo : & ibi, vt omnia & quælibet bona castrensia, & officia regia, & munera, quæque acquisita fuerint, quicquidve 127

actum, & melioratum fuerit constante matrimonio, vti omninò relinquatur qui acquisierit, nec alter coniugum vllam in eis habeat partem. Occasione quarum legum castrensia, & quasi castrensia, itemque profectitia & aduentitia non pertinent ad lucrum, nec coniugalem acquæstum.

128 Constat autem peculium esse quadruplex: profectitium, aduentitium, castrense, & quasi castrense. Ita resolutio communis est *in §. igitur liberi, Instit. per quas personas*, & *in l. frater à fratre, ff. de cond. indeb.* vbi Crotus *n.* 20. licet lex 5. *tit.* 17. *part.* 4 secuta Imperatoriam sententiam *in l. fin. C. de inoffic. testam.* triplex tantùm peculium cognouerit, paganum, castrense & quasi; sed in pagano & profectitium & aduentitium cognoscimus. In hoc verò differt peculium à patrimonio, quòd peculium administrationem solam respicit: at verò patrimonium proprietatem: tenent Brissonius & Hothom. *verb. peculium*, Cuiacius ad African. *lib.* 8. *l.* 38. Medices *de diffin. cap.* 30. Duaren. *ad tit. de pecul.* Caldas *ad l. si curatorem habens, C. de in integ. restit verb. læsis, num.* 89. qua ratione aduentitium, quia apud filium est iure proprio, *ex l. cùm oportet, Cod. de bon. quæ liberis*, magis ad proprietatem videbatur pertinere, quàm ad administrationem & peculium; sed adhuc peculium dici meruit, quia pater horum quoque bonorum quasi dominus est, vt sæpiùs diximus *in tract. nostro de expens. & melior. c.* 10.

129 Quidquid autem ex bonis patris ad filium proficiscitur, ad profectitium peculium pertinet, & administratio ad filium spectat: glossa *in l. cùm oportet, Cod. de bon. quæ lib.* vbi Bartol. Paul. & Bald. & Corn. glossa *in §. igitur liberi, Instit. per quas personas*, vbi Rimin. *n.* 68. Gregor. *in l.* 2. *tit.* 11. *part.* 4. Nauar. *in Manuali, c.* 17. *num.* 143. Caldas *in d. l. si curatorem habens, verb. læsis, num.* 345. Manuel Mendez de Castro *ad l. cùm oportet, Cod. de bonis quæ lib. verb. ex eius substantia.*

130 Cùm igitur peculium ad solam administrationem referamus, cuius dominium ad patrem pertinere dignoscitur, vt *in l. deposita, §. final. ff. de peculio*, & notant mihi quos suprà adduximus; planè ad vxorem nihil horum pertinere poterit, si ea concessio ante benedictiones Ecclesiæ facta fuerit, iuxta dispositionem *l.* 49. *Taurinæ*, quia adhuc maritus est in potestate parentis, & hæc ab ipso profecta penes ipsum adhuc sunt iure dominij, vti diximus, licèt administratio ad filium, hoc est peculium pertinuerit, ex textu *in d. l. depositi, §. final.* & *l.* 1. cum glossa, *C. de inoffic. donat.* & *l. stipulatio ista*, 38. §.

131 *hæc quoque*, ibi, *possidere ciuiliter non possit, ff. de verbor.* quin quod fructus ex hac re filio à patre donati, quandiu ipse in potestate est, ad profectitium quoque peculium pertinere intelliguntur, quia patris occasione acquiruntur, *ex d. l. cùm oportet, verb. occasione patris*; & est glossa *in d. §. igitur liberi*, quæ allegat legem 3. §. *nonnunquam, versic. cùm Pollidius, ff. de vsuris*; quia profecta à patre, ipsorumque fructus ad patrem iure dominij pertinent; ad filium verò iure peculij, id est, administrationis; quod non solùm in fundo profecto à patre obtinet, & in fructibus ab eo collatis, sed etiam in pecunia concessa, & vsuris ab ipsa prouenientibus; quod nostra lege 3. *tit.* 15. *p.* 6. decisum est, & fuit glossa *in d. l. cùm oportet, verbo ex eius substantia*, quam receptam dicit Oroscius *in l. si tibi, §. si pactus, ff. de pactis, n.* 2. Chassanæus

in

in consuet. Burg. rub. 6. §. 4. *n.* 6. resoluit Lara *in l. si quis à liberis*, §. *sed si filius, n.*138. *de lib. agnosc.* idque nobis est obseruandum contra Bart. *in l.*1. §. *castrense, n.*5. *ff. de collat.* & *in tract. de duobus fratribus*, 1. *part. num.* 2. & contra Gomez *in l.* 29. *n.* 4. ideoque omnia illa, & fructus, & prouenientia ex re aut pecunia patris, conferuntur, quia patris intelliguntur esse : si verò ea concessio fiat filio post nuptias & benedictiones Ecclesiæ, an communicetur vxori, aliunde decidendum est, ex his quæ dixi de donatis à patre filio, suprà *à num.*101.

Aduentitia item quoad proprietatem non communicantur, sed ad alterum pertinent; quod satis est iure nostro decisum *in d. l.* 3. & *l.* 9. *tit.* 9. *lib.* 5. *recop.* ibi: *Si el marido alguna cosa ganare de padre, o de madre, o de otro propinquo.* Palacios Rubios *in rub.* §.64. *n.*66. 132

Est enim aduentitium peculium, quod profectitium non est, nempe quod nec à patre, nec à militia armata vel togata filio prouenit, Bart. *in l. fin. C. de bon. quæ lib.* Corras. *in l. frater à fratre, ff. de cond. indeb.* Menchac. *de success. progressu, lib.*2. §.29. *n.*69. Caldas *de patria potestate, in l si curatorem habens, verb. læsis, num.*124. Nauar. *in Manual. c.* 17. *n.*145. Matienz. *in l.*9. *tit.*1. *lib.*3. *ordin. gl.* 1. 133

Aduentitia autem authoritate legis *cùm oportet, C. de bonis quæ lib.* ad filium pertinent quoad proprietatem, at verò quoad vsumfructum ad patrem : in nostro Regno filius ducta vxore acceptis benedictionibus Ecclesiæ, iuxta decisionem legis 46. Tauri, habet vsumfructum qui communicatur alteri coniugi, ex dispositione dictæ legis 5. *tit.* 9. *lib.* 5. *recop. iuncta l.* 3. *eod. tit. & lib.* vbi fructus constante matrimonio percepti communicantur earum etiam rerum, quæ alterius capitales sint; & quamvis ius vsusfructus non communicetur, tamen commoditas istius iuris, quæ est fructus istius iuris, communicatur: tenet Ioan. de Palac. Rub. *in repet. rubricæ*, §.65. *num.*66. vbi additio, quæ ait ita practicari : vide infrà *n.*174. vbi latiùs. 134

Ex eisdem legibus nostris & castrensia quoque, & quasi castrensia non communicantur, *d. l.* 5. *tit.* 9. *lib.* 5. *recop.* ibi: *Que todos y qualesquiera bienes castrenses y officies de Rey* : & rursum ibi, *que no fueren castrenses* : & ibi, *aunque sean de los que el derecho vuo por quasi castrenses* : omnia hæc non communicantur, fructus autem communes sunt, *d. l.* 5. ibi : *Pero que los fructos y rentas dellos, y de todos otros qualesquiera officies.* Vnde hodie fructus commendarum communicantur, Palac. Rub. *in repet. rub.* §.5. *n.*65. *ad fin. numeri.* 135

Est autem peculium castrense, quod filiusfamilias habet occasione militiæ, quod quidem non fuisset habiturus, si non militaret, *l. castrense, ff. de castr. pecul. l.*1. *C. eod.* vbi Platea *lib.*12. Aretin. *in* §. *igitur liberè, Instit. per quas personas*, Corrasius *in l. frater à fratre, ff. de cond. indeb.* Caldas *in l. si curatorem habens, verb. læsis, num.*90. Emanuel Mendez *in dict. l. cùm oportet, Cod. de bonis, quæ lib. num.* 140. vbi alios allegat, apud quem videre poteris. Nomine belli intelligimus, siue geratur in patria, siue apud hostes, siue in limitibus Regni, siue mari, pelago, flumine, aut ripa. Greg. *in l.*6. *tit.*17. *part.*4. vbi textus, & *in l.*7. *eod.* Vnde præfecti nauium militarium iure militari testantur : singularis explicatio ad textum singularem *in l. Seius* 136

Saturni

Saturninus, 46. *ad Trebellian.* vbi ſuſtinetur iure hoc limitari teſtamentum in quo filius eſt præteritus.

137 Etiam hæc bona caſtrenſia antiquo iure ad filium pertinuerunt; an verò ex diſpoſitione nouioris iuris, vide Cuiacium, Balduinum & Hothomanum *in §. igitur liberi*, *Inſt. per quas perſonas nob. acq.* Caldas & Emanuel Mendez *vbi ſuprà*, Coſtam *in l. qui duos*, *§. cùm in bello, verbo patris*, *ff. de rebus dub. l.* 1. *§. nec caſtrenſe, verb. patris, ff. de bonorum collat.* ibi, *multis conſtitutionibus*, *l.* 4. *§.* 1. *ff. de caſt. pecul.* ibi, *principales conſtitutiones*, *l. hæreditate*, *§. pater*, ibi, *iure conceſſo*, *ff. eod.*

138 Subdit dicta lex ibi, *y donadios*, vt donationes quoque pertineant ad quaſi caſtrenſia. Donata enim à Principe filio, plenè pertinent ad filium, Baldus *in l. cùm multa*, *C. de bonis quæ lib.* notat Menchaca *de ſucceſſ. creat. lib.* 3. *§.* 26. *num.* 2. *&* 5. Caldas *vbi ſuprà*, *num.* 96. Chaſſan. *in catal.* 5. *part. conſideratione* 24. *priuileg.* 164. *l.* 7. *tit.* 17. *part.* 4. quod intelligendum eſt, ſiue ipſa donatio fiat filio, ſiue filiæ: tenet expreſsè Bald. *in d. l. cùm multa*, *Cod. de bonis quæ lib.* tenet Iaſ. *in auth. ex teſtamento*, *num.* 12. *C. de collat.* tenet Suarez Hiſpanus *in l. quoniam in prioribus*, 6. *limitat. ad l. Regiam*, *C. de inoffic. teſtam.* & ex his quæ à nobis hactenus dicta ſunt, remanet explicata dicta lex 5. *tit.* 9. *lib.* 5. *recop.*

139 Quæ omnia hactenus à nobis dicta de caſtrenſi & quaſi caſtrenſi peculio, limitat dicta lex 3. *tit.* 9. *lib.* 5. *recop.* niſi maritus quicquam acquirat in bello militans expenſis etiam vxoris, ibi: *E ſi fuere en hueſte ſin ſoliada de ſu, y de muger, quanto ganare deſta guiſa, todo ſea del marido y de la muger.* Et ſubdit lex rationem, eam ſcilicet, quia acquiſitum in bello communibus expenſis, & vxoris & viri, commune ſit neceſſe eſt: & ita tenent noſtri, nemoque ambigit.

140 Sed pone coniugem domicilium habere in vno regno, vxorem in alio, contractum autem eſſe matrimonium in regno domicilij vxoris, aut alibi, diuerſaſque eſſe leges de diuidendis & lucrandis bonis, quæ leges ſint attendendæ. In hac quæſtione communis & recepta ſententia tenet, conſiderandam eſſe conſuetudinem, & ſeruandas leges illius Regni, aut loci, vbi maritus habet domicilium tempore quo matrimonium contrahitur. Antonius, Abb. & alij *in cap.* 1. *de ſponſal.* Bart. *in l. cunctos populos, Cod. de ſum. Trin. q.* 1. & ibi Iaſ. *in repet. num.* 60. Purpurat. *n.* 97. dicit communem Socinus Iunior *conſil.* 14. *vol.* 1. vbi ait, id eſſe verum, etiamſi matrimonium contractum ſit in domicilio vxoris, quia vir ex ſuo aduenerit nuptias celebraturus: & in noſtris terminis tenet Didacus *in* 4. *part.* 2. *c.* 7. *num.* 7.

141 Quin imò Nicolaus Boërius extendit communem, etiamſi poſtea maritus mutet domicilium, & moriatur in domicilio nouo, relicto antiquo, idque *in conſuetudinib. Bituricenſib. de conſuetud. matrimon. §.* 4. Iaſ. *vbi ſuprà*, *n.* 63. & tenet id Didacus *vbi ſuprà.*

Sed communis & recepta ſententia, de qua ſuprà *n.* 104. & 141. non habet locum, ſi maritus contraxit matrimonium in domicilio vxoris eo animo, vt ibi viuat & moriatur, id eſt, animo ibi morandi perpetuò; quia tunc quoad lucra & diuiſionem bonorum iſtud domicilium attendendum eſt, non verò, viri

viri, in quo hactenus habitabat, Tiraq. *de legib. connub. l.* 14. *q.* 2. Suarez *in l.*1. *tit. de las ganancias,lib.*3. *fori leg. limit.*6. Didacus *vbi suprà, num.* 8. qui intelligunt legem 24. *tit.*11. *part.*4. dicentem, ad hoc animaduertendum esse locum contractus matrimonij, vt ea lex habeat locum, quando contractus eo animo gestus est, vt in eo maritus cum vxore habitaret; idque ne dicta lex 24. superiùs à nobis adducta corrigatur. At verò Gregorius *ibidem*, cùm multùm, variéque disputet de bonis alibi sitis, in hoc quod disputamus, indistinctè accipit dictam legem 24. quæ mihi certè indistinctè loqui & decidere semper visa est; tu verò cogita, & sis cautus, vt hæc euites, facque vxorem ad te adduci, quod faciunt cautiores; & iam semel ex facto animaduerti timóre dictæ legis 24. quam tamen velle ex scriptorum placitis corrigere, satis contra iuris rationem vides. Præterea concordabis dictam legem 24. cum lege *exigere dotem, ff. de iud.* vt per Simancas *in cathol. instit. cap.*9. *à num.*96. vbi optimè.

Bald. *in c.*1. §. *fin. de inuestitura de re aliena facta*, limitabat communem opinionem, de qua suprà, *n.*140. si vxor ignorabat leges, statuta & consuetudines domicilij mariti: & Baldum sequuntur Præpositus & Felinus *in cap.*1. *de sponsal.* & Ias. *in l.*1. *C. de sum. Trinit.* 2. *lectura, n.*60. & Alex. *cons.*100. *vol.*3. Sed hæc limitatio displicet Didaco, ex eo, quia vxor contrahens cum extero debuit inquirere & scire consuetudines, leges, & statuta patriæ viri; & reprobat Baldum & reliquos, secutus Decium *cons.*119. Tiraq. *d.l.*14. *q.*2. Purpuratum post Ias. *in d.l.*1. *n.*187. idque *d.*2. *part. c.*7. *num.* 8. 143

Ideoque Didacus *vbi suprà*, cum Tiraquello *d.l.*14. *connub. q.* 2. & cum Decio *d. consil.*119. & cum Purpurato, & Ias. *in d.l.* 1. *C. de summa Trinit. & fide cathol. num.*187. admittunt Baldi sententiam, quando ipsa vxor tempore contractus reuerà credebat, & existimabat maritum non esse sibi exterum, sed ciuem & conterraneum, eisdem legibus subiectum, & consuetudinibus; ego addo, quòd si statuta patriæ viri non sint probata iure communi, quòd poterit mulier iuvari beneficio restitutionis, quæ impartiri solet maioribus ex iusta causa contra particularia statuta, in quibus cadit probabilis ignorantia. Innocent. Ioan. Andr. Compost. & alij *in rub. de don.* Alex. *cons.*37. Roland. à Valle *cons.*42. *lib.*3. *n.* 26. Gabriel *tit. de consuet. conclus.*2. *num.* 18. tenet, & latè fundat & allegat Sfortiam Oddum *in suo eleganti tract. de restit. p.* 1. *q.*8. *art.* 12. 144

Aliter quoque Barbatia *cons.* 14. *vol.* 2. limitabat communem opinionem cum Bart. de qua suprà *n.*140. scilicet si maritus cùm alibi haberet domicilium, in loco tamen originis suæ iniret matrimonium, quia tunc seruanda est dicta lex 24. *Hispana*, vt locus contractus obseruetur, etiam ad ea quæ post matrimoniũ contingunt: & non habet Barbatia reprehensorem, quem sequitur Didac. *vbi suprà n.*10. quæ Hispano viro amplectenda est, propter dictã legem 24. 145

Sed & illud quæri solet, an retenta illa opinione communi, de qua *d.n.*140. sit extendenda, vt procedat non solùm respectu bonorum, quæ sunt in loco domicilij viri, sed & respectu bonorum, quæ alibi sint, scilicet extra domicilium mariti? Palac. Rub. *de donat. inter virum & vxorem*, §. 62. *num.* 31. post Baldum *consil.* 208. *volum.* 3. latè extendit ad quæcunque bona, contra- 146

rium resoluit Didacus vbi suprà, *n.9.* vbi latè allegat, & post longam disputationem hinc inde distinguendo, & subdistinguendo, idem videtur tenere Gregor. Lopez *in d.l.24. tit. 11. part.* 4. qui est videndus, & resoluit Iacobus Simancas *Inst. cath. c. c. num.* 99. latissimè *vsque ad n.* 104. vbi bene intelligit dictam legem 24. de lucris ibi quæsitis in loco contractus, non de alibi factis.

147 *Ex l. 9. tit. 9. lib. recop.* quæ fuerat lex 60. Tauri, constat valere pactum generale & particulare factum ab altero ex coniugibus de non lucrandis his lucris, ibi, *quando la muger renunciare las ganancias*; siue enim ante contractum matrimonium, siue post, siue eo constante, valet pactum huiusmodi: ita intelligit Anton. Gom. noster *in l.60. Tauri, num.1.* & Palac. Rub. *in repet. de donat. inter vir. & vxor.* §. 63. *n.1. & 2.* & §. 47. *n.* 13. tenet Didac. *in 4. part. 2. c.7.* §.1. *num.* 11. vbi quod id liceat etiam constante matrimonio, & valeat hoc genus donationis inter coniuges: plures refert Burg. de Paz Iunior *quæst. ciuil. 9.* vbi disputat & resoluit, & ibi ait, quòd consensus mariti in hoc casu est pro licentia: idem tenuerat Palac. Rub. *d.* §. 47. *num.* 13. Burg. de Paz Senior *consil.2. num.96.* semper ait licitam esse huiusmodi donationem inter coniuges: tenet Perez *in l.* 4. *tit.* 4. *lib.* 5. *ordin.* Matienz. *in l.9. tit. 9. lib.5. recop. gl.1. num.2.* latè fundat & disputat Gutier. *pract. q.* 126. *per totam*, vbi tenet contra Gregor. Lop. *in l.5. tit.1. part.* 4. de renunciatione lucrorum quæsitorum facta constante matrimonio: & contra Burg. de Paz *q. ciuil. 9. num.*10. cum Matienz. *vbi supr.* & cum Pelaez *de maiorat. 4. part. principali, q. 23. num. 60. & 61.* qui tenet nostram sententiam contra Menchac. *lib.1. controu. vsufr. c.13. num.6.* Quorum omnium bona ratio est, quia ea donatio non facit pauperiorem donantem, etiamsi faciat donatarium locupletiorem, quo casu donationem inter coniuges constare, constat *l. si sponsus, §. si maritus, ff. de donat. inter vir. & vxor. lib.5. tit.11. part.4.*

148 Renunciatio autem lucrorum quærendorum nocebit creditoribus, *ex l. qui autem, ff. de his quæ in fraud. credit.* quæsita verò minimè renunciabuntur in eorum damnum, & præiudicium, ex edicto, de his quæ in fraudem creditorum: ita intelligendus est Matienz. *in l.9. d.gl.1. num. 6.* Didac. *in 4. part. 2. c.7. num.12.* Decius *cons.260. num.1.* Tellus *in l.4. Tauri, num. 52.* Burgos de Paz *quæst.9. num. 12. ad fin.* Ideoque nec filia, quæ liberos non habet, in fraudem parentis lucra quæsita renunciabit, licèt quærenda renunciare possit; nec item in fraudem filiorum, si semel lucra quæsierit, Palac. Rubios *in repet. rubr.* §. 63. *num.* Pelaez *de maiorat. 4. part. principali, quæst.23. n.60.* tenet eandem sententiam Gutierrez *pract. q.127. per totam.*

149 At verò *ex l.9 tit.9. lib.5. recop* soluenda sunt debita contracta constante matrimonio ex his lucris; quare si mulier renunciauerit lucris debitis, nihil tenebitur; quin quòd si vir constante matrimonio pro aliquo fideiusserit, mulier habebit quidem lucrorum medietatem, at verò ad debitum illud fideiussionis minimè tenebitur, *l.7. tit.3. lib. 5. recop.* ibi: *Mandamos que por fuerça que el marido hiziere en qualquier manera, o por qualquiera razon, no sea obligada su muger, ni sus bienes:* & ibi Matienz. *gl. . n.1. & 2.* & *in l. 3. tit.9. lib.5. recop. gl.7. n.3.* Ayora *de partit.1.part. c.8.n.12.*

Quin

Quin quod lege 4. *eodem tit. 9. lib. 5. recop.* decisum est, vt si constante 152
matrimonio, aut vir & vxor, aut vir solus dotem filiæ promiserint, ea soluenda sit de bonis multiplicatis constante matrimonio, quæ ad lucra pertinebant, nullis verò existentibus lucris, si dos ab ambobus promissa fuerit, ex amborum bonis soluatur; sin verò à solo patre constante adhuc matrimonio promissa sit, ex bonis lucratis, si sint bona lucrata, soluenda est; sin verò nulla lucra extent, ex substantia patris dos soluenda erit, quod *d. l.* 8. decisum est, & est textus expressus.

Sed quæsitum est ex facto, si soluto matrimonio pater promiserit dotem, 151
an ex lucris extantibus soluenda sit, si extent; an verò ex substantia patris, cuius officium proprium est filias dotare, *ex l. final. C. de dotis promission.* & quidem ex hoc fundamento, & quia *d. l.* 8. hunc casum, scilicet si dos promittatur soluto matrimonio, non attigerit, Castillo, & Anton. Gomez *in l. 53. Tauri*, ille *in glossa durante*, hic verò *n. 14* tenent ad patris substantiam pertinere illam dotis promissionem. Contraria opinio est magis recepta ab Hispanis scriptoribus, vt scilicet in dote promissa à patre soluto matrimonio sit omninò seruanda regula dictæ legis 8. *tit. 9. lib. 5. recop.* tenet Didacus *variar. lib. 3. c. 19. num. 3.* tenet Gregor. *in l. 1. tit. 10. part. 5. gl. magna*; tenet Baeza *de non meliorandis rat. dot. filiab. cap. 11. num. 11.* tenet Matienzo *in l. 3. tit. 9. lib. 5. recop. gl. 7. num. 9.* tenet Gutierrez *pract. q. 125.* ego horum auctoritatem sequendam existimarem, quamvis me ratio iuris multùm moueat, quæ pro contraria opinione est, scilicet verba dictæ legis 8. ex quibus vix potest videri incorrecta lex finalis, *Cod. de dot. promiss.* liberum sit cuique suo modo sentire.

Alimenta verò præstita constante secundo matrimonio filiis prioris ma- 152
trimonij, imputantur parenti in diuisione bonorum, vt alter ex coniugibus vel tantundem accipiat ex cumulo bonorum, vel ex capitali parentis; dimidium verò æstimationis alimentorum capiat alter, quod receptissimum est & vulgatissimum, & postulat iuris nostri ratio. Burgos de Paz, licèt non ita explicet, *quæst. ciuil. 8. n.* 8. & ad hanc resolutionem sunt reducenda quæ disputat Gutierrez latè *q. pract.* 129. post Matienz. *in l. 9. tit. 9. lib. 5. recopil. gl. 7. num.* 10.

Quid si maritus conduxit vectigalia, vel fructus sacerdotij, aut Episcopa- 153
tus, ad tres, quatuor, quinquéve annos, el aliam quamvis rem fructuosam, idque constante matrimonio, & primo secundóve anno decedat locationis; an mulier, si vel timeat pessimum conductionis successum futuræ, vel nihil timeat, possit à conductione decedere & relinquere eam hæredibus viri, lucraque sibi postulare, quæ facta sint constante matrimonio, nihil expectato futuri temporis successu, quo duratura est conductio: & tenet Matienzo *in l. 2. gl. 1. tit. 9. lib. 5. recop. num. 12. & 21.* mulierem omninò expectare debere totius conductionis perfectæ futurum euentum, nec interim lucra meritò dici posse constante matrimonio facta, quæ dependeant ab euentu futuro, constante quoque matrimonio cœpto: id. q. e *ex l. nam & Seruius, §. si viuo, ff. de neg. gest.* Quæcunque enim prioris negotij explicandi causâ geruntur, nihil refert, quo tempore consumantur, sed quo tempore inchoentur.

O 2 Vide

Vide ipſum Matienz. vide & Gutierrez aſſumentem eius opinionem *pract. quæſt.* 130. eumque ſequentem, quorum opinio mihi & vera, & æqua videtur.

154 Ex eiſdem regulis illud quoque deſcendit, vt ſi alter ex coniugibus conſtante ſecundo matrimonio filiam dotauerit prioris matrimonij, dotemque ſoluerit ex bonis communibus, vt alter coniux in diuiſione bonorum tantundem ſit habiturus ex bonis communibus, aut ex propriis dotantis dimidium ſit illi ſoluendum, quod eſt veriſſimum, ex his quæ diximus ſuprà *n.* 152. & tenent Scriptores Hiſpani omnes, Palacios Rubios *in repet. rub. de donat. inter virum & vxor.* §. 66. *n.* 18. & §. 62. *num.* 32. Baeza *de non meliorand. rat. dot. filiab. c.* 11. *num.* 120. Burg. de Paz *quæſt. ciuil.* 8. *num.* 19. Gutierrez *quæſt. pract.* 128. Ayora *de partit.* 1. *part. cap.* 8. *num.* 12. *&* 13. & eſt vulgare & verum.

155 Sed & illud lege 9. *tit.* 9. *lib.* 5. *recop.* conſtitutum eſt, vt mulier poſſit quidem renunciare huiuſmodi lucra, ac tunc quidem libera eſt ab omni debito coniugali conſtante matrimonio contracto, liberéque dotem ſuam ſibi habet, nullis huiuſmodi debitis obnoxiam. Quando, inquit Hiſpana lex, mulier renunciat lucra, minimè tenetur ſoluere debitum vllum à marito conſtante matrimonio contractum, quod planum eſt, & agnoſcunt Scriptores omnes.

156 Sed & vxoris mortuæ hæres id ipſum efficere poterit, etiamſi mulier ea lucra ipſo iure acquiſierit. Habet enim eam, quam ipſa, ſi viueret, habuiſſet facultatem, vt dote contentus, ne debita agnoſcat, omittat lucra, tenet Matienzo *in l.* 5. *tit.* 9. *lib.* 5. *recop. gl.* 9. poſt eos quos ipſe allegat, Palacios Rubios *in repet. rub. de donat. inter virum & vxor.* §. 66. *n.* 31. *verſ. amplia* 4. Segur. *in l. vnum ex familia,* §. *ſed ſi fundum, n.* 172. *ff. de legat.* 2. Caſtillo *in l.* 14. *Tauri*, Anton. Gomez *in l.* 53. *Tauri*, *ante fin.* expreſsè tenet iterum Matienzo *in l.* 9. *tit.* 9. *lib.* 5. *recop. gl.* 1. *n.* 8. Burgos de Paz Iun. *q.* 9. *num.* 21. *&* 22. & aſſumpſit ex his Gutierrez *q. pract.* 123. & eſt receptiſſimum, & in Hiſpania citra dubium.

157 Vnde mulier, quia ipſo iure habet medietatem lucrorum acquiſitorum ſibi iure ipſo legis beneficio, eſt quidem domina, vt latè diximus verè, & obtinet earundem verum dominium, ſuprà *n.* 4. ea quæſtio ſuborta eſt, an ipſa ſoluto matrimonio poſſit agere, etiam viâ executiuâ contra debitores mariti, qui ſunt viro tantùm obligati, quorum debitorum dimidium ſit omninò habitura; hanc tangit quæſtionem Auendañus *reſp.* 20. Didacus Perez *in l.* 4. *tit.* 8. *lib.* 3. *ordin.* Gutier. *pract. q.* 118. *n.* 15. poſt Rebuffum *tract. de lit. oblig. art.* 1. *gl.* 9. *n.* 29. *ad conſtit. Gallas,* 1. *tom.* & Mafrer. *in pract. tit.* 1. *de executione,* §. *item nota.* Trimembris eſt reſolutio: aut obligatio facta eſt ſimul expreſsè marito & vxori, & poteſt ſuo iure vti, quia verè domina eſt: aut facta eſt diuiſio bonorum, & ceſſit ſibi id nomen debitoris, & poteſt item agere; aut obligatio facta eſt ſoli viro, nec adhuc facta eſt diuiſio bonorum, & indiget ceſſione. Et hoc iure vtimur: rerum autem corporalium verè domina eſt, & reſpectu ipſarum ſua iura exercet ſine ceſſione, vti diximus, & moriens eaſdem ad hæredes tranſmittit, diximus latè ſuprà, & dicemus infrà *num.* 188.

Adde

Adde inductam hodie nostro iure præsumptionem iuris, *ex l.1. tit.9. lib.5. recop.* vt omnia bona tempore mortis alterius coniugis præsumantur communia de iure, nisi quis demonstret adducta à se in matrimonium; olim enim mortuo marito omnia ab eo relicta, siue apud vxorem, siue alibi, mariti esse intelligebantur, *l. Quintus, ff. de donat. l. etiam, Cod. eodem, l.2 tit.14. part.3.* Palac. Rubios *de donat. inter vir. & vxor.* §.60. *n.1.* Didac. *in c.1. de testam. n.6.* & *in 4. part.2. c.7. §.1. n.5.* 158

Habent autem omnia superiùs dicta locum, non solùm in vero, legitimóque matrimonio, sed etiam in putatiuo, quod receptissimum est nostris. Palac. Rub. *in repet. rub. 36. n.2.* Suarez noster *tit. de las ganancias, § 1. per totum*, Didacus *in 4. part.2. c.7. §. 1. num.7. de sponsal.* Baeza *de decima tutori præstand. c.12. n. 17.* Gamma *decis. Lusitana* 220. tenent nouiores, Matienz. *in l.1. tit.9. lib.5. recop.* Perez *in l.4. tit. 4. lib.5. veteris ordinam.* & post hos omnes Azeued. *in l.2. tit.9. lib.5. recop. n.5.* 159

De matrimonio autem clandestino, quod an hodie sit post decisionem Concilij Tridentini *sessione* 24. *cap.* 1. variè disputant Molina *de Hispanorum primog. lib.2. c. 16. num.16.* Menochius *cons.69. per totum*, decisio Caualcana 29. *n.19.* Nauarrus *in Manuali, c.22. num.26.* Plotus *in l. si quando, Cod. vnde vi, num.341.* an scilicet idem recipiendum sit in clandestino matrimonio, quod in putatiuo, disputauit latè Auendañus *respons.* 20. & assumpsit Matienz. *in l.2. tit.9. lib.5. recop. gl.1.* vbi videre poteris, non esse lucra communicanda, quæ fiant constante matrimonio reprobato ab Ecclesia sancta. 160

Adde etiam, quòd lucra quæsita per alterum coniugem altero bannito, aut seruo pœnæ, non communicantur. Requirit enim lex mutuam cohabitationem, *l.2. tit.9. lib.5. recop.* ibi, *estando de consuno*, & ita ait Segura *in l. vnum ex familia, §. sed si, ff. de legat.* 1. & tenet Auendañ. *d. respons.* 20. *n.* 9. *vers. limita sextò*, quod applica ad factum quotidianum. Vxor incidit in hæresin, recluditur, ac subinde suâ culpâ separatur à viro, durante reclusionis tempore multa quæsiuit vir, profectò ea lucra non communicantur, ex superiùs dictis. Simile est, quod notat & tradit Simancas *c.9. n.15. Instit. cathol.* scilicet, patre hæretico non confiscari vsumfructum, sed eum pertinere ad filium, quia pater propter status diminutionem effectus sit pœnæ seruus, ac demùm filius sui iuris, & habet sibi suum vsumfructum consolidatum cum proprietate, quasi liber à patria potestate, ex Simancas *vbi suprà*, ita ad propositum loquitur Bald. *cons.* 423. *vol.* 5. Chassaneus *in consuet. Burg. rub.* 4. §. 2. *in principio*, adde ad ea quæ diximus suprà *n.59. & seq.* 161

Ex quibus patet, quid dicendum sit, si maritus ducatur ad triremes, aut in exilium mittatur, mulierque domi relicta quæstum faciat, vt talis quæstus non communicetur, ex Segura, Baldo, Chassaneo, Auendaño *vbi suprà.* Suâ enim culpâ desiit apud vxorem esse, & propter status mutationem vxor desiit esse in potestate mariti, sibique laborando sola, solùm sibi acquirit, ex superiùs dictis *à num.* 160. veréque dicitur vidua, quæ damnatum habet virum, Iason *in l. si is qui pro emptore, ff. de vsucap. num.85.* glossa *in l. final. C. ad leg. Falcid. de plag.* 162

Quin & illud ex hoc fonte & principio deducitur, vt si mulier propter sæui- 163

tiam diuellatur à marito, ipsa sibi acquirat, si vir propter malos mores vxoris discedat, & bona lucretur, vt minimè hæc sint communicanda; quod ex Segur. *in d.§. sed si, l. vnum ex familia*, notabat & tenebat Auendañus *d. respons.* 10. *num.* 9. *versic. limita septimò*; decedens autem habebit medietatem lucrorum, Palac. Rub. *in repet. rub.* §. 64. *num.* 10. & Segura *suprà*, & vide suprà *num.* 9.

164 Pone aliquem habuisse sibi concubinam plures annos domi, hoc tempore multa quæsisse, tandem eandem in vxorem duxisse; an lucra illa communicentur, tanquam si à principio inter ipsos contractum esset matrimonium? Reperio Ioan. Lupum de Palac. Rub. quæstionem attingentem, qui videtur inclinare in eam partem, vt hæc quoque lucra communicentur; idque ait sensisse Bart. *in l. Titium & Mauium, ff. de administ. tutor.* & *in l. cùm proponas, Cod. pro socio*, & ibi Bald. & ait bene facere pro hac opinione, quæ adducuntur pro concubinatu, ad æquiparationem concubinæ & vxoris, & seipsum ad hoc allegat. Mihi hæc opinio non placet ex verbis nostræ legis, quæ de marito & vxore loquuntur, & rursum constante, inquit lex nostra, inter eos matrimonio, *l.* 1. *l.* 2. 3. *&* 4. & *per totum tit.* 9. *lib.* 5. *recop.*

165 Præterea si maritus constante matrimonio ædificet, & dotet Ecclesiam, & consequenter acquirat iuspatronatus, ex textu *in c. nobis, de iurepatronatus*, aut emat vniuersitatem bonorum, cum qua transeat iuspatronatus, textus *in cap. ex literis, de iurepatronatus*, tunc pertinet hoc ius ad lucra, & mortuo marito mulier admittetur cum hæredibus viri ad præsentandum, & obtinebit dimidium, licèt viuens maritus præsentet: tenet Ioan. Lupus de Palac. Rub. *in rub. de donat. inter virum & vxor.* §. 62. *num.* 23. Baeza *de decim. tut. præst. cap.* 23. *num.* 21. *&* 22. Matth. de Afflict. *in constit. Sicil. in c. q.* 2. admittentur autem vxor & hæredes viri, item hæredes vtriusque in stirpem, *Clem. plures, de iurepat.*

166 Sed & illud quæsitum est, de quo pauca diximus suprà *num.* 55. an hæc societas duret soluto matrimonio inter filios mortui, & superstitem coniugem, rebus in eodem statu manentibus: quod quidem inter negotiatores, & mercaturam exercentes est quotidianum, & regulariter manet societas, & lucra obuenientia fiunt cummunia, *l.* 9. quæ incipit, *si vn home, tit.* 4. *lib.* 5. *fori leg. l. generos*, & *l.* 6. *tit.* 3. *de las labores, lib.* 1. *fori leg.* quas allegat Palac. Rub. qui nostram hanc conclusionem tenet *in repet. rub.* §. 61. *num.* 25. & eum sequitur Greg. *in l.* 10. *tit.* 5. *part.* 5. & latè disputat hanc, & tenet Matienzo *in l.* 2. *tit.* 9. *lib. recop.* Simile est, quod si pater tuus societatem cum

167 Titio contraxerat, eo mortuo, & sic dissoluta societate, *ex l. adeò, in princ. ff. pro socio*, tamen si res permaneant in societate, & tu cum socio patris negotia prosequaris, iisdem institoribus vsus, durat societas; tenet Bald. *in l. mandatum, Cod. mandati, in* 3. *opposit.* & tenet Alex. *cons.* 132. *vol.* 5. Andreas Siculus *in c. quia, de iudiciis*, & *in c. peruenit, de empt. & vend.*

168 Item si duo fratres simul mercaturam & negotia gerebant, vnoque eorum mortuo alter continuat cum superstitibus filiis fratris, re indiuisa manente, continuata censetur societas, *arg. l. nam & Seruius*, §. *si viro, ff. de negot. gestis*, qui est textus ad propositum elegans, & tenet Bald. *in auth. ex testamento*,

teſtamento, C. de collat. tenet Petrus de Vbaldis *in tract. de ſocietate*, 3. *part.* vbi vide Palac.Rub. *d.* §. 62. *n.*28. Matienzo *vbi ſuprà.*

Sed intellige prædicta *d. num.*166. niſi poſſit coniectura capi, quod ſuperſtes gerat alio nomine, quàm ex cauſa ſocietatis; veluti ſi gerat tutorio nomine, aut datus ſit tutor, aut curator; quia tunc magis credendum eſt geſſiſſe curatorio nomine, quàm iure ſocietatis; quod latè reſoluit Palacios Rubios *vbi ſuprà, num.*31. & ad id allegat & adducit multa, ibi vide. Alia coniectura erit ſi ſecum ipſe in ratione priuata diuiſit patrimonia, etiamſi ea diuiſio non ſit filiis intimata; vtputa ſi ſuum, ſi filiorum patrimonium ſeorſum conſcripſit, & id pateat ex libris domeſticis; tunc nulla præſumptio eſt ſocietatis continuatæ, textus *in l. Neſennius, ff. de negot. geſt.* & ibi Scriptores: & quæ diximus de patre expendente cum filio, & reponente in libro, de quo diximus *de expenſis & meliorat. cap.*4. *n.*4. & *de donat. remunerat. n.* 43. *verſic. ex his enim*, ſunt addenda ad ea quæ diximus ſuprà *n.*55. 169 170

Eam quoque quæſtionem attingunt noſtri, & latiſſimè diſputat Segura *in repet. l.*3.§. *final. ff. de liber. & poſth. ſtatim in principio, verſ. ex ſuprà dictis.* Ex quo ego infero ad quæſtionem, de qua ſæpiſſimè vidi dubitari, an ſcilicet ea etiam ſint communia, quæ ſibi vir particulariter voluerit acquiri: vt ſi contractum concipiat ſuo proprio nomine, ſibique ſolùm ſtipuletur, aut contrahat; an verò lucra habeant particularem rationem in contractibus nomine communi vxoris & viri celebratis? Et quamvis ipſe ad partes diſputet, tandem tamen tenet eam partem, ſcilicet ad lucrum omninò pertinere, & ad communionem, quod ſibi ſolùm maritus acquiſierit ex contractu in ſua ſola perſona celebrato, & ad id adducit innumera fundamenta: res expedita eſt, vt ad lucrum pertineat is quæſtus, etiamſi ſit & proueniat ex contractu inito cum ſolo marito: ſi occaſio ſeſe offerat, ibi videre poteris. 171

Item aduertendum eſt, hæc lucra acquiri ipſo iure, ac demùm ſine agnitione vlla, vel generaliter, vel particulariter facta tranſmitti ad hæredes; quam opinionem latè reſoluit Pinel. *in l.* 1. *Cod. de bon. mat.* 1. *part. num.*36. & 37. idque facit generale in omni lucro delato à lege; allegat Angelum, Baldum, Socinum, & Crauetam, Iaſonem, & Chaſſaneum, quos videre ibi poteris, & infrà *num.*187. & quamuis exiſtimet hæc lucra conſtante matrimonio quæſita à viro & coniuge, propriè non eſſe lucra, idque *num.* 17. atque eo nomine reprehendat Seguram *in l. vnum ex familia*, §. *ſed & ſi, ff. de legat.* 2. Segura tamen propriè eſt locutus. Vti enim diximus, hæc lucra tota iure communi pertinent ad virum; conſuetudine verò, ac demùm iam hodie legis beneficio communicantur, reque vera vxor lucratur à viro medietatem eius, quod ad eum integrum pertinebat: & meritò hæc quæſita conſtante matrimonio dicuntur lucra, & communicantur vtrique; & licèt Didacus *de ſponſalib.* 2. *part. cap.* 7. §. 1. *num.* 8. dicat hæc bona communia, non negat tamen eſſe lucra, quæ vxor à viro acquirit legis beneficio, ad quem integra iure pertinebant: diximus quando & quomodo mulier poſſit petere executionem contractuum, *num.* 157. 172

Quicquid autem maritus acquirit nomine remiſſæ iniuriæ, aut ex pacto, & tranſactione, aut aliàs ex ſententia, id totum ſibi acquirit, quia hoc ad aduentitia 173

uentitia pertinet, quæ non communicantur, vt diximus suprà *n.131. & sequentib. ex l.3. & 5. tit.9. lib. 5. recop.* ita tenet hoc pertinere ad aduentitia Pinel. *de bon. matern. in l.1. part. 3. n.105.* pro hac opinione facit textus *in l.2. §. emancipatus, ff. de collat. bonor.* vbi filius emancipatus, qui habet actionem iniuriarum, ex ea acquisitum non confert, quia ea actione magis consequitur vindictam, quàm pecuniam: vindicta autem ad societatem non pertinet, *l. socium*, 61. §. *socius*, *ff. pro socio:* qui textus id obtinet, scilicet etiamsi propter vxorem, aut occasione matrimonij iniuria contingat; si verò ex hac pecunia redditus procedant, hi communicabuntur, veluti fructus aduentitiorum, vt latè diximus suprà *n.134.* vbi de fructibus & vsufructu. Ex qua ratione, & *ex d.l.2. §. emancipatus, ff. de collat. bonor.* & ex his quæ diximus hoc numero, id fit, vt quia vxor vidua accusat mortem viri, *ex l.2. tit.1.* & *l.14. tit.8. part.7.* & quia cæteris hæredibus præfertur in accusatione & remissione, quod tradit Antonius Gomez *tom.3. c.3. n.65. ad fin.* quod remissionis & transactionis, vt ita dicam, nomine acquirit, sibi solùm acquirat, nihilque communicet eo nomine, etiam filiis hæredibus, quia aduentitium est, ex traditis à Pinel. *d. n.* 105. & quia aduentitia sibi coniux habet, vti diximus suprà latè *ex l.4. tit.9. lib.5. recop.* & quia vxor, cui vindicta solùm competit, magis vindictam ipsam consequitur, quàm pecuniam, *ex d. §. emancipatus*; quæ sententia certè ex hac iuris ratione probabilis est, mihi certè dura ex his, quæ notat idem Pinel. *d. n.* 115. ibi, *quia pecuniaria æstimatio in iure filio acquirenda est, & quia filij iacturam fecerint*; quam etiam iacturam vindicta continet, ex Bart. *in l. interdum*, §. *qui furem*, *ff. de furtis*, Didac. *variarum lib.2. c.10. num.* 7. Cùm igitur damnum filiorum contineat vindicta, atque vxor vindictam consequatur, *ex d. §. emancipatus*, remittendo vindictam, certè damnum filiorum remittit, ideoque quod ex illa remissione consequitur, filiis etiam competere videri potest: tu ipse lector videris, quid tibi tenendum sit.

174 Est enim regulare, vt fructus communicentur, etiam earum rerum, quæ non communicantur, vti sæpiùs diximus *d. n.* 134. vbi egimus de vsufructu. Planè enim ipse vsusfructus, cùm sit ius quoddam incorporeum, nec alienabile, non communicatur, vt diximus *d.n.*134. & adduximus Ioan. Lupum de Palac. Rub. *in rep. rub. de don. inter vir. & vxor.* §. *65. n.66.* vbi bona additio, quæ distinguit inter istud ius inseparabile & inalienabile, & inter commoditatem & emolumentum istius iuris, vt ius illud non communicetur vxori, ita vt mortuo marito, eodemque vsufructuario, nihil relinquatur vxori, quia morte vsufructuarij finitur ius illud, §. *finitur*, *Inst. de vsufructu.* At verò commoditas & emolumentum, & fructus huius iuris constante matrimonio communicabitur, quia ius illud est instar proprietatis, commoditas instar fructus; fructus autem semper communicabitur, etiam eius rei, quæ aliàs sit incommunicabilis; inde aliò deuentum est, nempe ad eam quæstionem, scilicet quando marito concessi sint fructus rei fructuosæ, aut commoditas alicuius rei sine iure illo inalienabili & inseparabili, quod nos dicimus vsumfructum, vtpotè quia Sacerdos concesserit marito fructus sacerdotij, seu trimos, aut bimos, & prouentus sui canonicatus trimos, & aliud id genus, vbi soli fructus

fructus reperiuntur sine iure alio, aut proprietate ; vtrùm fructus illi communicentur,& vtrum in hoc casu habeant locum,quæ diximus de vsufructu ? Et cùm multùm,diuque hæsitarem, tandem Ægidium Ramirez Senatorem meritissimum in hoc Pintiano Senatu consului, cum quo mihi non vulgaris amicitia est,& solemus mutuò nostras de iure dubitationes conferre,qui tandem pluribus vltro citroque habitis, hanc separationem probauit, vt scilicet hi fructus bimi,trimíve,aut plurium,aut pauciorum annorum non communicentur,quia cùm in his non sit dabilis alia proprietas,ipsi sibi suam habent proprietatem in hunc modum dati ; quæ proprietas communionem non admittit. In vsufructu aliud censebat,quia considerabat aliam proprietatem præter fructus, scilicet ius illud inseparabile & inalienabile. Pro hac separatione faciunt adducta à Domino Francisco Sarmiento *selectarum lib.* 3. *c.*10. & quæ nos post ipsum adduximus *de expensis & meliorat.c.*3.*n* 4.*&* 5.& glossa *in l.*25. *tit.*11.*p.*4.Spino *in Speculo testamentorum*,nihilo adducto,*gl.*13.*n.*67.& textus egregius *in l. vxori* 35. & *in l.vxori* 37. *ff. de vsufructu leg.* iuncto textu *in l. cùm in fundo,ff.de iure dot.*quæ sunt iura ad propositum elegantia. Patet enim *in d. l. vxori* 35. vsumfructum legatum ad quinquennium non finiri morte vsufructuarij morientis intra quinquennium : ergo non erat ibi ius illud inseparabile,sed sola quantitas relicta erat distributa in annos quinque. Constat item *in d.l.in fundo,* dotem fuisse constitutam in vsufructu, & diuortio facto solùm restitutum esse vsumfructum nouè constitutum in posterum ; & ita illa iura,quæ à me adducebantur, rectè probant illam separationem fructuum, & vsusfructus : tu videris optime lector.

Propter delictum mariti etiam hæreseos mulieri nec confiscatur dos , nec 175
medietas lucrorum constante matrimonio quæsitorum ; idque recipimus in marito & vxore delinquente : vterque autem si delinquat, sibi in suis bonis nocet,non in alterius,nec capitalibus,nec lucratis:vtrumque decisum est *l.*10. & *l.*11.*tit.*9.*lib.*5.*recop.*licèt Segura latè disputarit hunc articulum,eius tamen disputatio in re aperta & clara,vt inquit Didacus de Simancas,otiosa est. Tota enim Seguræ disputatio de bonis lucratis constante matrimonio eò dirigitur , vt ostendat bona vxoris non esse publicanda propter delictum mariti, etiam lucrata constante matrimonio ; nec item bona mariti , etiam lucrata constante matrimonio,propter delictum vxoris, quod hodie decisum est *dict. l.*10.& *l.*11. *tit.*9. *lib.*5.*recop.* & est receptissimum in praxi & vsu forensi.

Sed tamen quæsitum est, an maritus , cui alienatio horum lucrorum con- 176
cessa est constante matrimonio,eo quem diximus modo suprà *n.*5.*&* 65.& *de expensis & meliorat.c.*13.*n.*19.possitne alienare bona quæsita constante matrimonio pro parte ad vxorem pertinentia , ab eo tempore , quo illa delictum commisit,propter quod bona ipso iure publicantur,vt in crimine hæreseos vsque ad sententiam diffinitiuam,quâ vxor declaretur hæretica, cùm possit videri à die commissi criminis hæreseos bona publicata esse, & ad fiscum pertinuisse , *c. cùm secundum,de hæretic.lib.*6. & placuit in hoc separatio,vt scilicet vir sciens & prudens hæresis coniugis alienare nequeat,ignarus possit;si enim sciat vxorem hæreticam,& alienet,in fraudem fisci fecisse videtur,*ex d.auth. de his quæ in fraudem cred.* & *ff. si quid in fraud. patroni.*

177 Omni autem fraude cessante, ignaro marito criminis vxoris, liberè & legitimè ex dispositione legis lucrata alienat illa, in quam partem inclinat regia lex 10. *tit.* 9. *lib.* 5. *nouæ recopil.* vbi ratio & substantia horum bonorum lucratorum, & de eis scripta durant, donec bona coniugalia per sententiam declarentur ad fiscum pertinuisse; subditque lex etiamsi delicta sint huiusmodi, vt propterea iure sit indicta ipso iure bonorum publicatio; quâ lege decisa videtur hæc quæstio, vt maritus in dubio post delictum vxoris, etiam hæreseos, possit vsque ad sententiam declaratoriam alienare bona illa medio hoc tempore quæsita, & ita tenet Didac. de Simanc. *Instit. cathol. c.*6.*n.*87.*&* 88.

178 Subditque Simâcas ibidem *n.*89.*&* 90. quòd in dubio præsumitur bona fides mariti alienantis, ita vt fisco incumbat onus probationis malæ fidei mariti, quia vir alienans interim dat operam rei permissæ, ac iure suo vtitur, ideoque nemini facit iniuriam; fraus item & dolus non præsumuntur, præsumitur autem sinceritas, & fides, item & ignorantia, *l. verius, ff. de prob.* ideoque onus probandi in eum transfertur qui dixerit dolo hæc bona alienata; sub qua regula, vti ipse ait, fiscus quoque includitur: si verò ex circumstantiis fraus colligatur, tum fortior ratio est pro fisco, & maritus probabit: ita Simanc. *vbi suprà n.* 90. vbi quod ait de donatione, intelligendum est iuxta ea, quæ latè diximus suprà *n.*5.*&* 65. & *de expens. & meliorat. c.*13.*n.* 19.

179 Si verò maritus & vxor acquisierint sibi emphyteusin, & alter incidat in hæresin, nihil nocet alteri, ex dispositione dictæ legis 10. & *l.*11. *tit.*9.*lib.*5.*recop.* Suam enim partem retinebit alter modo legitimo, vel tempore, vel commoditate, vel regionibus facta diuisione, vel pretio, si id magis alter coniux sibi vtile existimârit; altera autem pars emphyteusis non accrescet ei coniugi, qui nihil peccauit, quia cùm concessa sit & quæsita vtrique coniugi, cessat ius accrescendi: tenet in terminis Anton. Gomez *tom.*1. *c.*10.*n.*5. Cuius ratio est, quia ius accrescendi non habet locum regulariter post emolumentum quæsitum, Bart. *in l. si mihi & Titio ff. de verbor. oblig. l.*1.*§. interdum, ff. de vsufructu accresc.* notat Bart. *in l. fundum cùm mihi venderes, ff. de action. empti,* & *in l. si quis vsumfructum, de vsufruct. legat.* & Bald. *in l. multùm, C. si quis alteri vel sibi.*

180 In qua re duo sunt animaduertenda, eaque non vulgaria. Primum, quod plurimùm aduertendum est ad verba concessionis emphyteuticæ; quia etiamsi sit verissimum, quòd in contractibus post emolumentum quæsitum non sit locus iuri accrescendi; illud tamen non habet locum, quoties ex mente & voluntate concedentis potest induci coniectura inducti & expectati iuris accrescendi; idque colligitur ex verbis concessionis, veluti si dicatur, *concedimus vobis Titio & vxori vestræ Sejæ fundum Titianum in emphyteusin pro vobis, & vestrûm quolibet*: aut si conuentum sit, vt Titius & vxor vna persona reputentur aut ad vitas tres, quarum vnam volumus esse vestram, & vxoris simul: tunc enim ex mente & voluntate concedentis inducitur ius non decrescendi, & durat integra emphyteusis apud alterum, etiam post quæsitum emolumentum: Bald. *in c.*1.*§ filia, in fin. de success. feud.* & *in l. vna, Cod. quando non petentium partes, versic. sed hic dubitatur quid si in instrumento dicitur*, vbi Salyc. *quæst.* 12. Petrus de Anchar. *consil.* 232. tenet Alex. *cons.* 17.*vol.*5. *ru.*6. *ad medium*, quâ ratione meritò emphyteusis remanet integra apud vxorem, mariti

mariti publicatis bonis, tanquam si bona non fuissent publicata; nec illi quicquam adimitur eius, quod habitura erat cum viro, quod obtinebit locum viro capite punito. Quandiu enim viuit, non dubium est quin fiscus quoque concurrat cum vxore, quemadmodum vir olim concurrebat,& concursu sibi faciat partem. Itaque si fiscus vendat bona publicata eius coniugis, emptor ad hæc attendere debet: mortuo enim coniuge,qui peccavit,vxor totam habet emphyteusin sola, ex his quæ diximus.

Deinde illud est aduertendum, quòd si emphyteusis sit ecclesiastica, talis 181 scilicet quæ ad extraneos pertinere non possit, iuxta latè tradita à Chassanæo *in consuet.Burg.rub.*2.§.2.*num.* 10. & à Decio *in c. in præsentia,de probat. num.* 48. & Gozad. *consil.* 39. tunc magis est vt fiscus, nec viuente quidem coniuge, qui deliquit, quicquam ex ea habere possit, sed tota ad vxorem pertineat; ac tunc quidem quia fiscus extraneus est, ad eum pertinere nequit, ac subinde nec ad Ecclesiam, cùm totam vxori quoque concesserit, cui nihil est diminuendum de iure suo: ac subinde ex iure non decrescendi habet emphyteusim totam, ex superius notatis *proximo numero*.

Si verò emphyteusis huiusmodi sit, vt diximus *proximo numero*, totaque 182 ad coniugem delinquentem pertinuerit,tunc ex ea ratione,quia ad extraneos pervenire non potuit, alia iuris ratio, eaque non vulgaris,sequenda est, vt liberum sit intra biennium Ecclesiæ eligere, an scilicet velit habere fiscum sibi in emphyteutam, an verò accipere sibi emphyteuticam rem: textus *in auth.de alien.& emphyt.coll.*9.§.*si verò contigerit quamlibet rem*, Bart. *in l. si finita*, §.*si de vectigalibus, num.*6.*ff.de damno infecto*, vbi Alex. *num.*14. Bald. *in l. si quis presbyter, Cod.de Episcop. & Cler.* Imola *in c. ex parte, de feud.* Decius *consil.*442.*num.*30.Ruinus *consil.*13.*lib.*5.*n.*33. quod est notatu dignissimum.

Vir, vxorque constante matrimonio quæsierunt sibi fundum Titianum, 183 vir moriens suo filio prælegat, seu amico legat hunc fundum; quæsitum est an vxori noceat, concessa sibi alienandi facultate, de qua suprà, *num.* 5. diximus *in tractatu nostro de expensis & meliorat. c.* 13.*num.* 20. virum visum de sua tantùm parte disposuisse,& suprà *num.*6. ad nosmetipsos nos remisimus, egimusque ibi, illud scilicet, quid futurum esset, si vir sciens, prudensque rem alienam legasset, sciens ad vxorem suam omninò medietatem pertinere, quo casu sequendas esse regulas de re aliena scienter legata obseruauimus, quod est rationi conuenientissimum, & suadet iuris scientia, vt scilicet tum duntaxat videaris reliquisse, *l.domus*, §.*fin.ff. de legat.*1.*l. serui electione*, §.*final.ff.de legat.*1.& latè docet Tellius *in l.*19.*Tauri,à num.*7. vbi limitat & sublimitat, ipsum vide,& *d.c.*13.*à n.*20.

Quæsitum tamen est à nostris Scriptoribus Hispanis, vtrum ex his ipsis 184 bonis constante matrimonio acquisitis inter virum & vxorem possit maritus solus absque vxoris consensu primogenium,aut maioratum in persona filij primogeniti in eodem matrimonio instituere, vtputa si maioratum instituens res maioratus particulariter velit esse fundum Mæuianum & Seianũ, qui proculdubio sint acquisiti constante matrimonio:hæc est dubitatio,quã vt decidant nostri,aiunt hãc quæstionẽ pendere ex alia,quã suprà resoluimus hoc tractatu,

P 2 num.4.

n.4. & ex ea,quam attigimus suprà *n. 5.* & *in tract.nostro de expensis & meliorat.c.13.n.14.& seq.* & *n.19.* quæ breuiter,quia iam à nobis scripta sunt, & leuiter hic sunt necessariò attingenda,diximus *suprà n.4.* & *d.c.13.n.14.*& ibi adduximus legem nostram Hispanam ad hanc rem opportunissimam, deuiantem à iure communi, nempe quæsita constante matrimonio acquiri ipso iure marito & vxori, quod est & receptissimum,vt diximus *n.4.suprà*,& verissimum,vt probauimus *d.c.13. à n.14.*diximus item suprà *n.5.* & *in c.13. n.19. de expensis & meliorat.*maritum, etiamsi alienare possit hæc lucra,hoc tamen intelligendum esse, vt donare in magna quantitate non possit, in quo probauimus distinctionem Ludouici Molinæ *de Hispanorum primog.c.10.n.66.lib.2.* quæ est opinio æquitate plenissima.

185 His vtcunque præmissis,de quibus *d.n.4 & 5.suprà*,& *d.c.13.n.14. ad n.19* patet quid dicendum sit ad hanc quæstionem:quod dilucidiùs constabit,si repetas quæ diximus suprà, *n.* 183. Si enim hæc lucra quæruntur pro sua parte vxori ipso iure, & quoad dominium, & quoad possessionem,si maritus item donare non potest,saltem in hac quantitate,præterea si vir aut vxor legans,aut prælegans rem communem, de sua tantùm parte intelligitur legasse,aut prælegasse,certè ex his fundamentis,vel obcæcatis oculis eò deuenies, vt ad quæstionẽ respondeas,maioratum institutum de rebus communibus in eo sustineri duntaxat,quod ad instituentem pertineat. Nam quod vxoris est,& vxori quæsitum ipso iure cuius & dominium & possessionem habet,durissimum est,quod ab ea auelli possit sine facto vllo suo,contra apertissima iuris principia. Hanc sententiam cùm ad partes disputârit,post longam disputationem tenet & probat & iure & ratione Ludouicus Molina *de Hispan.primog.lib.2. c. 10. n.67. vers.sed quamvis hæc stringere videantur*,vbi respondet *ad l.5.tit.9.lib.5.recop.* qua alienatio horum lucrorum conceditur viro constante matrimonio sine fraude,quæ fraus in institutione maioratus vocato filio communi videtur cessare; ait enim & in hoc fraudem quoque inueniri, quæ vxori adimat liberam de rebus suis dispositionem. Ego addo,in libera dispositione non contineri donationem,quod latè disputauimus *d.c.13.à n.14 ad n.19.*Ad alia autem ipse optimè respondet, quæ non multùm vrgent, ibi videre poteris,ita vt ex his bonis addictis primogenio nihil damni patiatur vxor, hæc est sententia Ludouici Molinæ *vbi suprà*,qui vxori retinet bona sua intacta, cui nec æstimatione pecuniaria satisfiat.

186 Nouissimè Andreas Angulo Cordubensis quæstionem attigit *in l.sua tertia meliorationum*,quæ est lex 19.*Tauri,in gl.4.n.4.* qui tandem post longam item allegationem, *n.* 8. recedit à Ludouico Molina,& *n.* 14. expresè ait maritum posse donare, vel assignare pro melioratione rem lucratam constante matrimonio; dum tamen tantundem resarciat vxori de communi: quam opinionem,quantum coniector, ex eo tenet, quia suprà *n.5. vers.sed in illo articulo*, tenuerat hæc lucra constante matrimonio non acquiri ipso iure quoad dominium vxori, quæ fuerat opinio Telli *in d.l.19.* Castilli, Ancharani & Caroli Molinæi,quos ipse ibi refert; qua opinione retenta facilè fuit asserere, maritum etiam hoc modo alienare posse, vxorique ius solùm competere ad pretium partis suæ; & ad hanc rationem rediguntur omnia argumenta ab eo adducta.

adducta. Cùm verò sit receptissima sententia,& meo iudicio verissima,mulierem ipso iure effici dominam acquæstuum, quod latè tradidimus *d.cap.*13. *à n.*14. & suprà *n.*4. planè illud quoque consequens est, vt mulier sibi sua retineat bona, nihil de æstimatione solicita : quod probat Molina *vbi suprà*, & ego libens amplector. Namque si verum amamus, nostro iure fit acquisitio ambobus ipso iure dominij veri acquæstuum,quod *lege nostra* 47.*tit.*28.*part.*3. mihi decisum est apertè. Licet enim lucra societatis iure communi venirent communicanda iudicio societatis, actione pro socio nostro iure vendicatio competit, *ex d.l.*14. quod latè diximus *d.c.*13.*à n.*14. Vnde illud dominium retinet sibi vxor,& meritò,cùm sine facto suo auferri ipsi non possit,quæ sola ratio adhuc diluenda est,si dilui possit,ab eis qui solum ius,hoc est actionem, non dominium relinquunt vxori.

Ex his resultat, quod notauimus *suprà num.* 172. vt hæc lucra quæsita ipso iure sine agnitione vlla, transmittantur ad hæredes vxoris,quod diximus generale in omni lucro delato à lege : & ratio ex eo descendit,quia cùm ipsa sit domina, & habeat dominium harum rerum quæsitarum constante matrimonio,planè instituti hæredes habent quidem ius ad hæreditatem,ac subinde ad hæc bona, quia sunt in hæreditate emortuæ vxoris, & augent hæreditatem,& prosunt creditoribus vxoris, tanquam res hæreditariæ, & in eis habent locum iura omnia hæreditaria : hæreditatis enim nomine omnia intelligimus quæ fuerint testatoris tempore mortis eius ; quod est vulgare. 187

Ex eodem principio deductum est, quod notauimus suprà *n.* 57. vt quia dominium quæsitum sit vxori pro sua parte,possit quidem soluto matrimonio pro ea in iudicio agere,quia de iure suo agere potest etiam viâ executiuâ:itaque vendicauit res corporeas pro sua parte,cæterasque actiones exercet in iudicio pro his lucris ; tum etiam obligationes pecuniarias sibi, maritoque suo debitas pro parte sua diuidua prosequetur,& petet etiam exequendo,quia hoc iure sibi concessum est, nec expectauit vllam ad hæc hæredum viri cessionem,quæ sibi dominæ necessaria non est. Nemini enim denegatum vnquam est ius suum in iudicio exercere ; ea est actionis natura,vt quod nostrum est, persequi valeamus, §.1. *Instit. de action.* si verò obligatio facta sit soli viro, quo casu diximus adhuc esse locum communioni & societati,suprà *num.*171. tunc quidem quia reuerà debitor non est obligatus vxori, diximus indigere vxorem cessione;suprà *n.* 157. quæ omnia habent sibi particularem rationem, ex his quæ suprà diximus de dominio quæsito vxori in his lucris,& destruuntur omnia,si ea opinio nostro iure recipiatur, scilicet quòd vxor non sit domina;quæ opinio,attenta *d.l.*47.*tit.*28.*partit.*3.meo iudicio sustineri in Hispania non potest, idque receptissimâ sententiâ comprobatum est, de quo suprà *n.*4. & *d.c.*13. *à n.*14. 188

Ex his etiam constat apertè, quid dicendum sit ad eam quæstionem,quam indecisam reliquit Roderic. Suar. *in l.*1. *tit.de las ganancias,lib.*.. *fori leg.vers. quæritur vlteriùs,ad finem,*vbi hæc eius verba sunt : *Hoc est importantissimum de facto ; nam mortuo marito hæredes petunt se mitti ex edicto Diui Adriani in possessionem bonorum, quæ remanserunt à defuncto, si in medietate bonorum vxori pertinente, ipsa tuenda sit in possessione, nec in illa debeat mitti hæres ;* 189

vel an ipsa debeat habere de manu hæredis, cogitabis, quia nunc habeo de facto. Hactenus Suarez noster. Dubium autem ab ipso propositum deciditur & verissimè & breuissimè, ex his quæ diximus suprà *proximè, n.* 186. 187. *&* 189. Cùm ipsa enim sit domina suæ patris, & lucrorum pro sua parte habeat verum dominium, nihil est, quòd in his accipiat ab hærede, nec hæres in possessionem mittendus est earum rerum, quæ ad testatorem suum non pertinuerunt, nec viuentem, nec morientem, quod est vulgare, si obligatio reperiatur facta soli viro, vt diximus *proximo numero,* sed cessione opus est mulieri, ad agendum contra obligatum, quia sibi obligatus non est, vt diximus.

190 Illud controuertitur inter Iurisperitos, an id etiam ad lucra hæc pertineat? Maritus vxorve de bonis litigat constante priore matrimonio, quo morte soluto, secundo tandem inito matrimonio, lis sententiâ & re iudicatâ finita est; bona, de quibus lis erat, adiudicantur cum fructibus à die litis contestatæ; filij prioris matrimonij petunt sibi eam fructuum portionem, quæ parenti competebat toto tempore, quo matrimonium constitit, & lis versata est: aiunt reliqui nullam habendam esse rationem ipsorum fructuum, qui constante eo matrimonio non sint percepti; namque obiiciunt de perceptis à viro & vxore esse intelligenda iura nostra, *l.* 3. *tit.* 3. *lib.* 3. *fori leg. l.* 4. *tit.* 9. *libr.* 5. *recop.* tum etiam quia mens nostrarum legum cohabitationem continuam mariti & vxoris exigere videtur, ac subinde vtriusque industriam, & in quærendis, & conseruandis; hanc autem abesse in nostro casu, cùm hi fructus percepti sint soluto iam priori matrimonio, & quia non sint viri, & prioris vxoris, etiamsi

191 actionem habuerint. Impropriè enim dicimus nostrum, ad quod actionem habemus, *ex l. qui actionem habet, ff. de reg. iur.* ibi, *habere videtur*, quæ sunt improprietatis notæ, & quia fructuum ratio, industriæ, operæ & labori adhæret, *§ si quis à non domino, Instit. de rer. diuis.* quibus rationibus hanc partem tenet Ayora *de part. bonor.* 3. *part. quæst.* 17. *per totam:* vbi nihilo alio adducto, concludit nihil horum fructuum deberi priori coniugi, nec eius hæredibus: dura mihi certè sententia; & vt ingenuè dicam quod sentio, contra iuris scripti rationem.

192 Pro contraria enim sententia, quam ego veriorem censeo, est textus expressus *in l. defuncta, ff. de vsufructu*: vbi vsufructuariâ mortuâ post collectos fructus, nempe mense Decembri, sed antequam deberentur, quia ex lege conductionis soluendi erant Kalendis Martiis, fructus adhuc consequitur: & ibi est textus, quòd dies perceptionis fructus attendendus sit, non solutionis, qui nondum venerat, ad hoc vt is, cui fructus debentur, eosdem consequatur.

193 Præterea contra Ayoram est singulare consilium Gasparis Calderini *inter consilia Ioan. Calderini, titul. de præbend. & concess. præb. consil.* 21. vbi respectu Capituli quærit, an fructus Capitulo debiti ab hinc tres, quatuor, decémve annos, aut minùs, aut ampliùs, hodie verò soluti, sint diuidendi inter Canonicos eius temporis, quo sunt collecti, & eorum hæredes; an verò inter Canonicos nouos, qui hodie recepti sunt post collectionem fructuum, & ante eorundem solutionem? vbi resoluit, particularem rationem versari in hoc suo casu, vbi fructus debentur Capitulo, & non nisi à Capitulo exigi possunt, in consequentiam autem veniunt diuidendi inter Capitulares, quia cùm

idem

idem sit Capitulum hodiernum, & quod fuit ab hinc decennium, etiamsi omnes de Capitulo mutati sint, quod ipse aliunde probat, oblitus textum singularem *in l. proponebatur, ff. de iudiciis*: fit vt fructus Capitulo principaliter debiti his soluantur legitimè, qui hodie capitulares reperiantur: diuersum verò ait esse recipiendum in casu dictæ legis defuncta, vbi dies collectionis attenditur, non solutionis; quia fructus particulariter ipsi debentur à die collectionis, non solutionis: quæ ratio Calderini necessariam facit decisionem nostræ quæstionis contra Ayor. Cùm enim vxor habere debeat fructuum partem legis beneficio, cui constante eo matrimonio proueniant & acquirantur, *ex d.l.4.tit.9.lib.5.recop.* & fructus illi tandem acquisiti sint etiam pro eo tempore, fit profectò, vt in nostro casu sit locus dictæ legi *defunctæ*.

Præterea *ex d.l.4.tit.9.lib.5.recop.* fructus indistinctè debentur vxori, etiam earum rerum quæ non communicantur, nec *in l. 5. eòd. tit. & lib.* contrarium deciditur. Verba enim ea *in d.l.5. ibi, de los que fueren ganados y mejorados y auidos,* non sunt posita copulatiuè, ita vt mulier habere debeat partem fructuum earum rerum, quæ simul & coniunctim & lucrata, & meliorata, & habita sint constante matrimonio; sufficit enim si vel lucrata sint, etiamsi non sint meliorata; & item ex eadem ratione sufficit, si acquirantur, etiamsi non habeantur, quia ex regula legis *sæpè, ff. de verbor. signific.* copula, *&*, *in d. l. 5.* resoluitur in disiunctiuam, quia adiectiuis apposita est. Fieret enim, si copula, *&*, ibi posita copulatiuè acciperetur, vt inducta in fauorem vxoris retorquerentur in eius damnum, nec ipsa fructus haberet, nisi earum rerum, quæ simul & acquisitæ, & habitæ, & melioratæ essent; quod est inauditum, ex interpretatione *ad d.l.5.* ex qua planè corruit fundamentum, quod ex ea astruebat Ayora, existimans non sufficere acquisitionem, nisi post iuris acquisitionem planè fructus habeantur. 194

Præterea sententia, quæ lata fuit constante secundo matrimonio, nihil tribuit de nouo, sed antiquum ius, quod olim competebat, declarat, nempe rem coniugis fuisse, item & fructus totius temporis à lite contestata ad executionem sententiæ: textus expressus *in l sicuti, § sed si quæratur, ff si seruit. vend.* ibi, *non enim per sententiam seruitus constituitur, sed quæ est, declaratur* Cùm ergo sententia declaret, rem cum fructibus toto illo tempore coniugis fuisse, atque eo nomine totius temporis fructus soluantur, iam est locus dictæ legi *4.tit.9.lib 5.recop.* vt pars fructus quoque filiis prioris matrimonij debeatur; quod quidem verissimum puto, & indubitatissimum est, si priore matrimonio constante coniux litem sit prosecutus, sumptusque eo nomine facti sint, quo casu non sunt mihi fructus denegandi, qui meis quoque sumptibus sint quæsiti: idem existimo si versemur in maioratu & perpetuo fideicommisso, in quo legis beneficio dominium transfertur, & in casu legis 45 Tauri. 195

Gregis quoque fœtus ad fructus pertinet, ideoque partus fructus nomine continentur, *l. fœtus, §. fœtus, & l. quod ergo, ff. de vsufructu.* Ideoque horum quoque ratio habetur in hac de bonis & fructibus inter vxorem & virum communicandis ratione: item lana ouium, coriaque emortuarum pecudum, lactis quoque quæstus ad vtrumque pertinent, *l. in pecudum, ff. de* 196

de vsuris : quod ita veteres Iurisconsulti existimabant, vt si grex, armentum, equitiumve capitale sit, id omninò replendum sit ex fœtibus, reliquum ad fructus pertineat, ac subinde ad lucra; secus verò si oues, boues, equæ ad gregis, armenti, equitij numerum non ascendant, idque decisum est *in d. l. fœtus, §. fœtus*, & *l. quid ergo*, suprà adductis, quæ distinctio hodie non obseruatur in Hispania ex decisione legis 21. *tit.* 11. *part.* 4. vbi Greg. id sentit.

197 Seruæ autem partus ad fructum non pertinere certum est, *l. vetus. ff. de vsufruct. Vetus*, inquit Vlpianus, *fuit quæstio, an partus ad vsufructuarium pertineret: sed Bruti sententia obtinuit, fructuarium in eo locum non habere; nec enim in fructu hominis homo esse potest: hac ratione nec vsumfructum in eo fructuarius habebit.* Hactenus Vlpianus: qua ratione ad eum pertinebunt, ad quem mater pertinebat, vt diuersum in fœtu pecorum animaduertendum sit ex Iurisconsultorum placitis.

198 Sicubi verò agendum sit de his lucris, primùm illud animaduertendum est, quid quisque ex coniugibus ad matrimonium attulerit, atque id capitale, siue proprium eius habebitur, quod probatione legitimâ constabit, alias communia omnia iudicabuntur, ex decisione nostræ legis 1. *tit.* 9. *lib.* 5. *recop.* atque adeò deductis vtriusque bonis propriis, quod reliquum est, ad lucrum pertinebit; si nihil supersit, nihil nomine lucri esse existimabis, quod *ex d. l.* 1. *tit.* 9. *lib.* 5. *recop.* planum est.

899 Duplici autem existente matrimonio, illud aduerte, quod decisum est *in l. assiduis*, & *in auth. si quid ex rebus, C. qui potiores in pign. hab.* Vtrique enim, vxor & filij iidemque hæredes, res propriè extantes iure dominij sibi habent; si verò non extent, tunc secunda vxor in his, quæ iure dominij habere debet, si res extent, priori præfertur; si quid verò habere debeat iure pignoris, & creditricis, priori cedit, ex dictis iuribus; quod latè sumus prosecuti *de expens. & melior. c.* 13. ex qua resolutione cessant omnia quæ scripsit Ayora *de part. bon.* 1. *part. c.* 7. *n.* 1. 2. *&* 3.

200 De fructibus autem, quia diuiduntur inter virum & vxorem, etiam earum rerum, quæ propriè alterius sint, diximus *n.* 134. *&* 174. *suprà*, quo fit vt soluto matrimonio, quia cessat onus matrimonij, *l. pro oneribus, C. de iur. dotium*, fructus omnes sint communes, etiamsi percepti sint & collecti constante matrimonio, quod tenet Gregor. *in l.* 26. *tit.* 11. *part* 4. *gl. final.* & optimè: quamvis enim, si consumpti essent, nihil ex eisdem haberet superstes; si tamen extent soluto matrimonio, non dubium est, quin ad lucra pertineant, & est verissimum, licèt Gutierrez Gregorium notet, & aliud velit *canonic. q.* 33. *n.* 16. Greg. tamen, si rectè eius sententia expendatur, cordatè fructus eos ad lucra pertinuisse asserit, & est verissimum. Hæc, aliud agendo, de coniugali acquæstu cumulauimus, vt & quæstiones in promptu essent, & aliquid ad scripta hactenus adderetur, iuuentuti consuluimus, cui nostra studia prodesse & cupimus, & laboramus.

INDEX

RERVM IN QVATVOR Posterioribus Tractatibus comprehensarum copiosissimus.

Prior numerus paginam, posterior marginales notas designat.

D.

E.

Expensæ

H.

I.

Lucrata

P.

Q.

T.

V.

FINIS.